

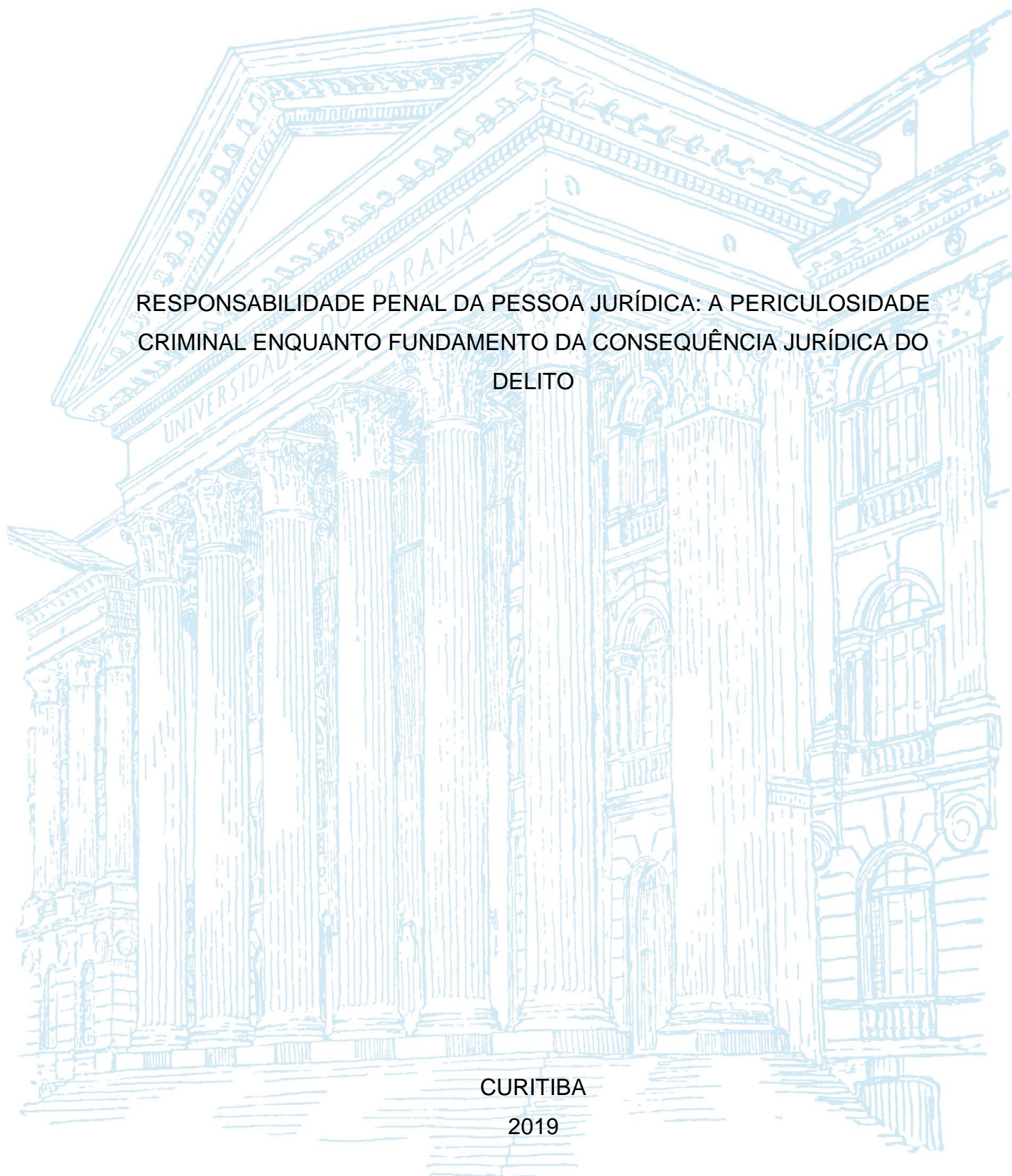
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

VICTOR ROBERTO LESINHOVSKI

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: A PERICULOSIDADE
CRIMINAL ENQUANTO FUNDAMENTO DA CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DO
DELITO

CURITIBA

2019



VICTOR ROBERTO LESINHOVSKI

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: A PERICULOSIDADE
CRIMINAL ENQUANTO FUNDAMENTO DA CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DO
DELITO

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito, da
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato.

CURITIBA

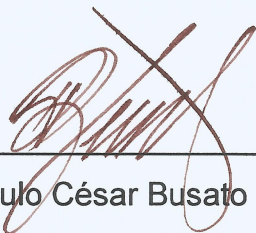
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

VICTOR ROBERTO LESINHOVSKI

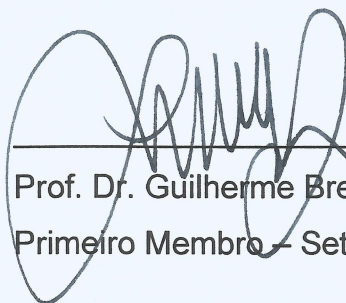
RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: A PERICULOSIDADE CRIMINAL ENQUANTO FUNDAMENTO DA CONSEQUÊNCIA JURÍDICA DO DELITO

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná (UFPR), avaliada pela seguinte banca examinadora:



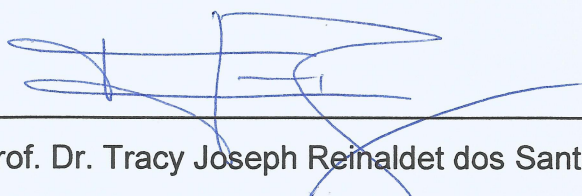
Prof. Dr. Paulo César Busato

Orientador – Setor de Ciências Jurídicas, UFPR.



Prof. Dr. Guilherme Brenner Lucchesi

Primeiro Membro – Setor de Ciências Jurídicas, UFPR.



Prof. Dr. Tracy Joseph Reinaldet dos Santos

Segundo Membro – Pesquisador do Núcleo de Estudos de Sistema Criminal e Controle Social da UFPR.

Curitiba, 24 de outubro de 2019.

A minha família e a todos aqueles que
contribuíram para que este momento
fosse possível.

AGRADECIMENTOS

O primeiro agradecimento dirijo a minha família por ter me apoiado durante a minha escolha profissional, ter sido a base da minha formação enquanto pessoa e, especialmente, por sempre ter me amado incondicionalmente. Palavras não seriam suficientes para expressar o sentimento de gratidão que tenho pelo sacrifício e apoio que sempre me prestaram, tampouco para expressar o orgulho que tenho para com cada um de vocês, mas me arriscarei a dizer algumas palavras.

Ao meu pai, meu porto-seguro, uma pessoa de poucas palavras e de sentimentos reservados que gostam de se expressar nas pequenas ações do dia-a-dia, seja no levantar mais cedo só para que eu possa tomar um café da manhã antes de ir trabalhar, seja na calada da noite quando indaga a minha mãe se tudo está bem. Saiba que amo você e sempre irei te agradecer por tudo.

A minha mãe, minha querida mãezinha, *alma mater* desta família, ao oposto de meu pai, você sim é muito comunicativa e expressiva e mesmo que o dia seja tão atarefado a ponto de mal haver tempo para respirar, você sempre irá querer saber como estou, o que fiz e o que deixei de fazer. Se eu estiver triste, dará um jeito de fazer eu sorrir; se eu estiver feliz, se incendiará em alegria, pois ver a nossa família bem é o que te faz feliz acima de tudo. Obrigado por ser quem você é, eu te amo e morro de orgulho de você.

Ao meu irmão, ou mais conhecido como “brow”, sua chegada foi sempre muito aguardada por mim, não só porque eu queria um parceiro para brincar (ou melhor, para jogar um “fifinha”), mas sim porque queria alguém para compartilhar a vida. Amo você e sei que tens um futuro brilhante a frente. Obrigado por sempre tornar os meus dias melhores.

A minha companheira Flávia, agradeço por me mostrar todos os dias o significado do que é o amor e o que é um relacionamento saudável. Antes mesmo de iniciarmos este curso, sonhávamos com a tão desejada aprovação no vestibular. Conseguimos isso juntos, iniciamos a graduação juntos e concluímos esta etapa juntos, numa relação de tanto companheirismo que se não estivesse acontecendo comigo, jamais acreditaria ser possível.

Agradeço aos amigos que esta faculdade de direito me trouxe, em especial ao Arthur, ao Bruno, ao Iago e à Sabrina. A amizade, assim como o amor, são sentimentos que exigem reciprocidade. Obrigado por me proporcionarem isso e por

todos os momentos que disfrutamos juntos, seja em sala de aula, nos barzinhos ou nos gramados. A companhia de vocês é de extrema importância.

Agradeço aos docentes desta Universidade, em especial ao Prof. Dr. Marco Aurélio Serau Júnior, com quem tive a oportunidade e o privilégio de realizar as minhas primeiras publicações acadêmicas, além de ser um amigo muito querido e um professor fantástico, e ao Prof. Dr. Guilherme Brenner Lucchesi, quem gentilmente aceitou o convite para compor esta banca avaliadora, cujos ensinamentos sobre Processo Penal persistirão durante toda a minha trajetória profissional e acadêmica.

Quero fazer um agradecimento especial ao meu orientador, o Prof. Dr. Paulo César Busato. Nas matérias regulares da faculdade, não tive a oportunidade, ou melhor, a sorte de ser seu aluno, visto que frequento o curso durante o período noturno. Nos conhecemos numa disciplina não obrigatória da faculdade e nela você fez despertar em mim a paixão pelo Direito penal. Desde então, sempre soube que não importa onde eu estiver atuando daqui para frente, isso necessariamente terá relação com o Direito penal. Obrigado por me acolher enquanto seu orientando e, em especial, pela amizade que ficará para sempre.

Aproveito esta oportunidade para agradecer a Marcela também, por sempre estar disponível, mesmo nas sextas-feiras após o trabalho, para me auxiliar com a bibliografia necessária para a realização deste trabalho. Com certeza terás um futuro brilhante.

Agradeço ao Núcleo de Estudos de Sistema Criminal e Controle Social desta Universidade Federal, aos Pesquisadores Rodrigo Cavagnari e Samuel Ebel, por terem se disponibilizado todas as vezes em que precisei conversar sobre a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e terem me apontado caminhos pelos quais poderia desenvolver o presente trabalho, e, em especial, ao Pesquisador Dr. Tracy Reinaldet, quem além de ter ajudado muito na construção deste trabalho, gentilmente aceitou o convite para compor esta banca avaliadora, sendo uma honra ter o meu trabalho sendo examinado por uma banca tão qualificada.

Quero fazer um agradecimento especial aos meus colegas de Ministério Público. Na mesma semana em que iniciei os meus estudos nesta Universidade, tomei posse no Ministério Público. Mesmo sem experiência prévia no setor público e mesmo sendo aos vossos olhos um adolescente, me acolheram nesta instituição e me ensinaram a ser um profissional. Obrigado a todo o apoio nestes anos de

graduação e pelas oportunidades profissionais oferecidas. Levarei estes ensinamentos para o resto da vida.

Por fim, mas não menos importante, agradeço ao povo brasileiro. Povo este que não foge à luta e que mesmo frente a tantas injustiças e a tanta desigualdade não deixa estremecer a esperança de que dias melhores virão. Povo este que principalmente por meio dos filhos dos “ninguéns”, se sacrifica todos os dias para custear esta Universidade pública, a fim de que alguns de nós e, infelizmente, apenas alguns de nós, pudessem se tornar “alguéns” um dia. Com vocês eu tenho uma dívida social eterna, pois sem esta Universidade pública, gratuita e de qualidade, provavelmente não poderia ter feito Ensino Superior e ter me emancipado enquanto cidadão.

Muito obrigado a todos!

*“In the heart of the world of hard science,
modernity floats free”.*

(GIDDENS, 1990, p. 39)

RESUMO

Dentro do contexto da sociedade de riscos, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é um tema que tem ganhado grande destaque em âmbito nacional, especialmente após as recentes tragédias ambientais pelas quais o país passou e que tiveram como protagonistas não a atuação de pessoas físicas, mas sim a de pessoas jurídicas. Nesse sentido, as necessidades político-criminais de se atribuir responsabilidade penal às empresas parecem estar bem assentadas, contudo, a doutrina ainda patina no que diz respeito à concepção de uma estrutura dogmática capaz de legitimar a imposição de uma resposta penal ao ente coletivo por uma ação própria e respeitando os pilares de um Direito penal democrático, em especial no que diz respeito à culpabilidade. Assim, propõe-se uma investigação feita em dois tempos acerca dos fundamentos que legitimam a imposição de consequências penais aos delitos cometidos por pessoas jurídicas. Em um primeiro momento, se analisará a culpabilidade e no que consiste as suas dificuldades dogmáticas quando aplicada aos principais modelos de responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Em um segundo momento, será proposta uma mudança de paradigma quanto ao fundamento da consequência jurídica do delito a ser utilizado no âmbito dos ilícitos penais cometidos por pessoas jurídicas. Nesse aspecto, a periculosidade criminal emerge como um conceito adaptável à responsabilidade penal dos entes coletivos, o qual possibilita a aplicação de respostas penais diferentes das penas, a exemplo das chamadas medidas de segurança. Logo, este trabalho investigará de que forma o conceito de periculosidade é adequado para a responsabilização penal das pessoas jurídicas e quais são as consequências em adotá-lo como fundamento da consequência jurídica dos delitos cometidos por entes coletivos.

Palavras-chave: Sociedade de Riscos. Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas. Culpabilidade. Periculosidade. Medidas de Segurança.

ABSTRACT

Within the context of the risk society, the criminal liability of legal entities is a theme that has gained great prominence at national level, especially after the recent environmental tragedies that the country has gone through and whose protagonists were not the actions of individuals, but performed by legal entities. In this regard, the criminal policy needs of attributing criminal responsibility to companies seems to be well established, however, the doctrine still doesn't work out the conception of a dogmatic structure capable of legitimizing the imposition of criminal sanctions to legal entities for its own actions, respecting the pillars of a democratic criminal law, in particular as regards to culpability. Thus, it is proposed a two-time investigation into the basis that legitimize the imposition of criminal sanctions to crimes committed by legal entities. At first, the culpability and its dogmatic difficulties will be analyzed when applied to the main models of criminal liability of legal entities. Secondly, a paradigm shift will be proposed regarding the basis of the legal consequences of the offense to be used in the context of criminal offenses committed by legal entities. In this respect, criminal dangerousness emerges as an adaptable concept for the criminal liability of legal entities, which enables the application of criminal sanctions different from penalties, such as the so-called security measures. Therefore, this paper will investigate how the concept of dangerousness is appropriate for the criminal liability of legal entities and what are the consequences in adopting it as a basis for the legal consequence of the crimes committed by companies.

Keywords: Risk Society. Criminal Liability of Legal Entities. Culpability. Dangerousness. Security Measures.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA DE PESQUISA	15
2 A CULPABILIDADE	20
2.1 AS DISTINTAS ACEPÇÕES DO TERMO CULPABILIDADE.....	21
2.1.1 A culpabilidade como princípio.....	21
2.1.2 A culpabilidade como baliza da pena (grau de reprovabilidade da conduta)....	24
2.1.3 A culpabilidade como elemento do conceito de delito	26
2.1.3.1 A evolução da dogmática alemã do conceito de culpabilidade na Teoria do Delito	29
2.1.3.2 Considerações Finais acerca da Culpabilidade enquanto Elemento do Conceito Analítico de Delito	33
2.2 O PERFIL PRINCIPIOLÓGICO UNITÁRIO DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DELITO	35
2.2.1 As garantias inerentes à aplicação das medidas de segurança.....	36
2.2.2 Tomada de Posição.....	39
3 MODELOS DE RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E A PROBLEMÁTICA DA CULPABILIDADE	41
3.1 OS MODELOS DE HETERORRESPONSABILIDADE PENAL	44
3.1.1 As críticas feitas aos modelos de heterorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas.....	47
3.2 OS MODELOS DE AUTORRESPONSABILIDADE PENAL	50
3.2.1 Modelos de Ato de Conexão	52
3.2.2 Modelos de Defeito da Organização como Injusto Culpável	55
3.2.3 Modelos de Defeito da Organização como Injusto	58
3.2.3.1 Críticas ao Modelo Construtivista de Autorresponsabilidade Penal da Pessoa Jurídica.....	63
3.2.4 Em busca de um verdadeiro modelo de autorresponsabilidade.....	65
3.3 A ESTRUTURA DA CULPABILIDADE JURÍDICO-PENAL E SUA INCOMPATIBILIDADE COM A NATUREZA IMATERIAL DA PESSOA JURÍDICA: UM PROBLEMA IMPORTADO DAS PESSOAS NATURAIS.....	67
3.4 TOMADA DE POSIÇÃO.....	70

4 A PERICULOSIDADE COMO FUNDAMENTO DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DOS DELITOS PERPETRADOS POR PESSOAS JURÍDICAS	74
4.1 O DIREITO PENAL E A PESSOA JURÍDICA NO ÂMBITO DA SOCIEDADE DE RISCOS.....	74
4.2 CONCEITO DE PERICULOSIDADE CRIMINAL E SUA ADEQUAÇÃO À RESPONSABILIDADE PENAL DE PESSOAS JURÍDICAS.	82
4.3 PERICULOSIDADE E AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DOS DELITOS PERPETRADOS PELAS PESSOAS JURÍDICAS.....	93
4.3.1 Características inerentes à aplicação de medidas de segurança e a conveniência de sua utilização na responsabilização penal de pessoas jurídicas	95
4.3.2 Críticas à utilização de medidas de segurança para as Pessoas Jurídicas	99
4.3.3 O projeto de código penal brasileiro e a aplicação de medidas de segurança para os delitos cometidos por pessoas jurídicas	100
CONCLUSÃO	103
REFERÊNCIAS.....	108

INTRODUÇÃO

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas é um campo de pesquisa que permite múltiplas abordagens, sendo as mais conhecidas as que versam sobre aspectos ou da política criminal ou da dogmática jurídico-penal.

Este trabalho fará uso alternado de ambas as perspectivas de aproximação, visto que pensar a estrutura dogmática sem levar em consideração aspectos da política criminal faz com que haja um descompasso entre aquilo que se espera com o Direito penal e aquilo que ele efetivamente entrega.

Assim, este trabalho busca responder a uma pergunta de fundo muito simples em sua formulação, porém de complexidade enorme quanto a sua resposta: a partir de quais pressupostos é possível impor uma consequência jurídico-penal a uma pessoa jurídica?

A estruturação necessária para responder a esta questão passa, necessariamente, por dois momentos distintos: o primeiro, no qual se analisará o significado da culpabilidade para o direito penal e sua aplicação aos principais modelos de responsabilidade penal das pessoas jurídicas; e o segundo, o qual se analisará se a periculosidade criminal pode ser um fundamento adequado para a imposição de consequências jurídicas do delito.

Isso porque, ao lado de um sistema de penas, é possível a existência de um sistema de medidas autônomo, estas fundadas na periculosidade criminal do sujeito ativo do delito.

A proposta de se ampliar o horizonte desta investigação em direção à periculosidade criminal não é feita de modo aleatório, isso porque costuma-se apontar que um dos principais argumentos para infirmar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas é a sua suposta incapacidade de culpabilidade, ou seja, a impossibilidade de se fundamentar um juízo de reprovação ao ente coletivo capaz de lhe impor uma pena.

Dessa forma, após vencidos os intentos em se identificar no que realmente consiste a suposta incompatibilidade entre a categoria da culpabilidade e a pessoa jurídica, este trabalho irá verificar se a periculosidade é ou não um fundamento adequado para a imposição de consequências jurídico-penais às pessoas jurídicas.

Quanto a esta questão, a análise será iniciada a partir da compreensão do contexto no qual se inserem as pessoas jurídicas: o das sociedades de riscos de Ulrich Beck.

Assim, pretende-se verificar qual é a relação existente entre este novo cenário e o papel do Direito penal nas sociedades de riscos, a fim de constatar se é adequado ou não analisar a ingerência do Estado, no âmbito das pessoas jurídicas, sob a ótica da periculosidade criminal.

Feito esta contextualização, esta monografia se propõe a investigar os pressupostos a partir dos quais é possível realizar um juízo de periculosidade em relação ao ente moral.

Ao final, serão apontados os impactos dessa perspectiva sobre as consequências jurídicas dos delitos e a adequação da formulação de um sistema de medidas de segurança para as pessoas jurídicas.

Ressalta-se que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar a discussão acerca da culpabilidade e da periculosidade das pessoas jurídicas, mas tão somente de oferecer um caminho viável para a aplicação de respostas penais aos entes morais.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA DE PESQUISA

A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas encontra respaldo constitucional (art. 173, § 5º, e art. 225, § 3º, da Constituição da República de 1988), legal (através da Lei n.º 9.605/1998, conhecida como Lei de Crimes Ambientais) e progressiva aceitação jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro, em especial após o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 548.181/PR¹.

Todavia, a jurisprudência brasileira nas cortes superiores, embora tenha paulatinamente aceitado a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ainda não possui um posicionamento claro acerca dos contornos dogmáticos e com relação às fórmulas de imputação existentes², especialmente no que diz respeito à adoção de modelos de heterorresponsabilidade ou de autorresponsabilidade penal.

Importante destacar que ambos os modelos possuem as suas vantagens e desvantagens que lhes são inerentes e trabalham com acepções de ação e culpabilidade bastante distintas, conforme destaca André Eduardo DETZEL em sua dissertação de mestrado³.

Em síntese, ao passo que a heterorresponsabilidade penal depende da atuação de pessoas físicas em benefício das pessoas jurídicas, sendo criticada por fundamentar, no mais das vezes, uma responsabilidade penal objetiva, a resistência que se tem com relação à adoção de um modelo de autorresponsabilidade penal, possui como objeção principal a noção de que o ente coletivo seria incapaz de ação e incapaz de se lhe atribuir culpabilidade⁴.

Feito este recorte e não adentrando no mérito dos argumentos da dogmática penal capazes de infirmar a constatação anterior⁵, tem-se que, em termos de política

¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 304-306.

² Ibidem, p. 304-306.

³ DETZEL, André Eduardo. **Alternativas para a Superação da Vedação Dogmática da Culpabilidade Penal da Pessoa Jurídica nos Modelos de Hetero e Autorresponsabilidade**. 2016. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2016, p. 53-55 e 110-111.

⁴ Cf. GRECO, Luís. *Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas*. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas: Seminário Brasil-Alemanha**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 70-71.

⁵ Parece que a superação da incapacidade de ação da Pessoa Jurídica passa invariavelmente por uma mudança acerca da sua teoria de base, visando se afastar de construções ontologicistas. Nesse quesito, para investigar a questão, cujo escopo estaria para além deste trabalho, seria imprescindível ter como base a Teoria Significativa da Ação de Tomás Salvador Vives Antón. Nesse sentido, recomenda-se a leitura de BUSATO, Paulo César. **Direito penal e Ação Significativa**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

criminal, negar a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica é o mesmo que permitir a criação de um *locus* de irresponsabilidade organizada fundada num argumento que não se sustenta a partir da perspectiva das sociedades de riscos⁶.

Isto porque é evidente que os entes coletivos atingiram alto grau de organização e autorregulação sendo capazes, portanto, de causar por si mesmos danos – ou ao menos criar o espaço necessário (contexto) para a sua ocorrência – a bens jurídicos os quais reclamam a atenção do Direito penal.

A título exemplificativo, cumpre consignar três casos de grande repercussão nacional nos últimos anos envolvendo pessoas jurídicas: a) o desastre ambiental ocorrido no Brasil em 05 de novembro de 2015, conhecido como a “Tragédia de Mariana”, envolvendo a empresa Samarco Mineração S.A.; b) a existência de um “Departamento de Operações Estruturadas” destinadas à prática de corrupção dentro da *Odebrecht* revelado no âmbito da Operação Lava-Jato; e c) mais recentemente, o rompimento da barragem de Brumadinho em 25 de janeiro de 2019, gerenciada pela empresa mineradora Vale S.A.

Com relação ao evento de Brumadinho, BUSATO comenta que para além de eventuais pessoas físicas que tenham contribuído para a constituição do nexo causal entre a criação e a realização do risco, somente com a implicação de uma pessoa jurídica que este pôde atingir a magnitude da tragédia sobredita⁷.

Com estes três exemplos, denota-se a importância de se construir uma dogmática penal coerente e apta a fundamentar decisões que proporcionem uma resposta estatal satisfatória frente aos perigos e danos causados por Pessoas Jurídica e que respeitem, sobretudo, os fundamentos de um Direito penal projetado para um Estado Democrático e Social de Direito, quais sejam: 1) princípio da legalidade; 2) princípio da intervenção mínima; e 3) princípio da culpabilidade⁸.

Assim sendo, a questão da culpabilidade se mostra como um ponto central na análise da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, especialmente porque as tradicionais teorias da culpabilidade penal são insuficientes para abranger um modelo de autorresponsabilidade penal para empresas e outros entes coletivos.

⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Fundamentos Modernos de la Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas**. Bases Teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2010, p. 68-70.

⁷ BUSATO, Paulo César. O Leviatã de Brumadinho. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 316, p. 7-8, mar. 2019. Mensal, p. 7.

⁸ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 141-142.

Isso decorre do fato de que estas teorias (psicológica, psicológico-normativa, normativa) estarem relacionadas, em maior ou menor medida, a atributos essencialmente humanos e de difícil aplicação às entidades jurídicas incorpóreas, sendo que os esforços de compatibilização conceitual, em alguns casos, têm representado retrocessos em termos de garantismo penal.

Nesse sentido, argumenta BUSATO que:

“Em realidade, os intentos de forjar um conceito de culpabilidade como elemento do delito perpetrado por pessoas jurídicas, até hoje, esbarraram basicamente em três tipos de impedimentos: ou representaram claramente a culpabilidade por fato alheio, em desobediência ao perfil do princípio em questão, por distintas e variadas razões; ou procuraram forjar sua identidade a partir de bipartições do Direito penal, compondo diferenças entre a culpabilidade de pessoas físicas e de pessoas jurídicas, dando origem a um Direito penal bifronte, com as consequências negativas que lhe são ínsitas; ou, finalmente, tiveram de apelar para teorias de base que oferecem perspectivas pouco garantistas para o sistema de imputação como um todo ou que já foram definitivamente superadas porque demonstrada sua inconsistência.”⁹

Logo, seja por não conseguir se desvencilhar da pessoa natural, seja por adotar equivalentes funcionais que geram bipartições do Direito penal, seja por acolher teorias de base pouco garantistas, a dogmática penal da culpabilidade aplicada à seara das pessoas jurídicas pouco oferece em termos de solução para a reprovação de um injusto penal perpetrado por entes coletivos e que se sustente a partir de *standards* mínimos para aplicação de consequências penais.

A título de exemplo, destaca-se que houve alguns intentos de compatibilizar a responsabilidade penal da pessoa jurídica com a dogmática penal da culpabilidade, sendo que a concepção de Klaus Tiedemann de “culpabilidade por defeito na organização” permitiu que fosse aberto o debate na doutrina para um sentido normativo e ético-social da culpabilidade da pessoa jurídica (e não psicológico e ético-individual), permitindo, assim, falar-se de uma culpabilidade do ente coletivo¹⁰.

⁹ BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo código penal Brasileiro. **Revista Liberdades**, Edição Especial, Reforma do Código Penal. São Paulo, p. 98-125, set. 2012. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/13/artigo4.pdf>. Acessado em 04 de abril de 2019. p. 119.

¹⁰ BARBOSA, Julianna Nunes Targino. **A Culpabilidade na Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2014. 207 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 115, ressalta que antes da concepção de

Essa concepção de Tiedemann sofreu diversas críticas e foi sendo trabalhada de modo direto ou indireto por vários autores culminando com a noção de culpabilidade empresarial, desenvolvida no modelo construtivista proposto por Carlos Gomez-Jara Díez, que tenta trazer fundamentos materiais dessa culpabilidade empresarial, tais como “a fidelidade ao direito como condição de vigência da norma, a igualdade objetivada entre as pessoas e a possibilidade de questionar a vigência da norma mediante um procedimento conforme ao direito”¹¹.

Entretanto, as teorias acima mencionadas, mesmo com os esforços doutrinários empreendidos, acabam tropeçando nos pressupostos básicos de um Direito penal democrático, conforme será detalhado neste trabalho.

Dessa forma, propõe-se a pensar a responsabilidade penal da pessoa jurídica partindo daquilo que a doutrina espanhola¹² chama de uma “terceira via”, ou seja, com fundamento na periculosidade.

Esta percepção não visa ser uma espécie de fuga à discussão da culpabilidade para entes coletivos, mas busca oferecer uma solução que seja dogmaticamente coerente e político-criminalmente adequada para a aplicação de uma consequência jurídico-penal à pessoa jurídica.

Conforme argumenta Tracy REINALDET:

“(...) por detrás da noção de periculosidade nós encontramos um julgamento de insegurança e não de reprovação. Dessa forma, o conceito de periculosidade não almeja reprovar o autor de um ato ilícito, mas ele visa constatar no infrator a existência de um estado de risco, o qual deve ser controlado pelo Direito penal.”¹³

Isso muda profundamente o olhar que se projeta sobre a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, mesmo porque, a consequência jurídica do delito praticado por uma pessoa jurídica não seria a imposição de pena, mas sim a aplicação de medidas de segurança.

TIEDEMANN os esforços estavam concentrados em construir não um modelo de culpabilidade propriamente dito mas sim de buscar aspectos psicológicos e ético-individuais.

¹¹ BARBOSA, Julianna Nunes Targino. **A Culpabilidade na Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2014. 207 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 140.

¹² MIR PUIG, Santiago. Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 06, p. 01-17, jan. 2004. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>>. Acessado em 03 de março de 2019. p. 16.

¹³ REINALDET, Tracy. *Questões Francesas sobre a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas**: Seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 127.

Nessa perspectiva, BUSATO salienta que:

“Na verdade, faz muito mais sentido que a consequência jurídica do delito praticado por pessoa jurídica seja medida de segurança e não pena. Esta, inclusive é uma opinião que encontra importante aceitação doutrinária e revela-se bem mais equilibrada que os múltiplos intentos que se fez de explicar a culpabilidade de pessoas jurídicas.”¹⁴

Portanto, dentro desse panorama, se faz pertinente investigar se a periculosidade, enquanto fundamento da consequência jurídica do delito perpetrado por pessoas jurídicas, apresenta soluções satisfatórias na seara penal, especialmente considerando a efetiva tutela dos bens jurídicos envolvidos, bem como se esta alternativa mostra adequação ao ordenamento jurídico nacional e compatibilidade com o Estado Democrático e Social de Direito.

Nessa perspectiva, a análise iniciará, paradoxalmente, apresentando as várias acepções que o termo culpabilidade pode ter para o Direito penal, passando-se, em um segundo momento, a demonstrar os motivos pelos quais a dogmática da culpabilidade na seara dos entes coletivos apresenta impasses difíceis de sempre superados sem a realização de verdadeiros remendos para que o conceito possa ser, ao menos, funcionalmente equivalente.

Após esta investigação, será empreendida uma análise acerca das implicações em se adotar a periculosidade criminal enquanto fundamento da consequência jurídica do delito perpetrado pela Pessoa Jurídica.

¹⁴ BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo código penal Brasileiro. **Revista Liberdades**, Edição Especial, Reforma do Código Penal. São Paulo, p. 98-125, set. 2012. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/13/artigo4.pdf>. Acessado em 04 de abril de 2019. p. 119.

2 A CULPABILIDADE

A culpabilidade, ao lado da legalidade e da intervenção mínima, são princípios estruturantes do Direito penal democrático e que se desenvolveram de modo a limitar a potestade punitiva titularizada pelo Estado, visto que o Direito penal é o instrumento mais incisivo que o Estado dispõe para exercer o controle social¹⁵.

Mesmo que se possa constatar uma noção de imputabilidade no Direito Romano, a origem do princípio da culpabilidade e o seu desenvolvimento inicial remontam à filosofia cristã da Idade Média, com fundamento na ideia de livre-arbítrio, segundo a qual o ser humano é reprovável pelo fato de escolher praticar o mal quando poderia ter optado pela prática do bem¹⁶.

Após isso e sob a influência do positivismo jurídico, o delito passou a ser concebido como uma estrutura analítica, sendo que a culpabilidade ganhou contornos dogmáticos e foi desenhada, no modelo de Von Liszt, a partir de critérios puramente psicológicos, passando, depois, sob a influência do neokantismo, a um modelo psicológico-normativo (Reinhard Frank, James Goldschmidt, Berthold Freudenthal e Edmund Mezger), tendo superado o aspecto o seu aspecto psicológico somente através dos trabalhos de Hellmuth von Weber e Hanz Welzel que deram origem a um modelo normativo de culpabilidade¹⁷.

Nesse sentido e sem prejuízo das teorias que se sucederam ao finalismo, a culpabilidade passou a guardar um núcleo semântico comum e que consiste na assertiva de que “a culpabilidade é do autor e em relação ao fato e não simplesmente uma reprovação ao autor pelo que ele é”¹⁸.

Este é o núcleo comum de sentido que se deve guardar ao se referir a palavra “culpabilidade”, ou seja, trata-se de um juízo de reprovação do autor que lhe é dirigido por ter praticado o injusto.

Sucede que o termo “culpabilidade” é polissêmico, sendo que é comum haver confusão na doutrina entre os múltiplos significados da palavra “culpabilidade”, assim como cometer o equívoco de utilizá-la como sinônimo da noção de culpa em sentido estrito (ou imprudência) e de responsabilidade penal subjetiva.

¹⁵ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 141-142.

¹⁶ Ibidem, p. 182-183.

¹⁷ Ibidem, p. 184-185.

¹⁸ Ibidem, p.185.

Separar estas noções será fundamental para se compreender as conclusões do presente trabalho.

Nesse sentido, o objetivo deste tópico será mostrar quais são as múltiplas acepções da palavra culpabilidade, bem como diferenciá-la da noção de culpa (ou imprudência) e de responsabilidade penal subjetiva.

2.1 AS DISTINTAS ACEPÇÕES DO TERMO CULPABILIDADE

Paulo César BUSATO afirma que é possível reputar três sentidos mais usuais da expressão culpabilidade no Direito penal:

“A culpabilidade como princípio, querendo traduzir a limitação à responsabilidade penal objetiva; a culpabilidade como limite de pena, vinculada ao grau de reprovabilidade da conduta; e a culpabilidade como elemento do delito, configurada pelo conjunto de características pessoais do sujeito que conduzem ao reconhecimento da culpabilidade”.¹⁹

No mesmo sentido assevera Cezar Roberto BITENCOURT²⁰ e Francisco MUÑOZ CONDE²¹ ressaltando o triplo sentido atribuído ao conceito de culpabilidade e suas diferentes implicações no Direito penal.

Dito isso, o conceito de culpabilidade será trabalhado de modo a identificar cada um dos três significados acima elencados a fim de que, ao final, seja possível demonstrar qual a relação destes significados com a atribuição de consequências jurídicas do delito.

2.1.1 A culpabilidade como princípio

A acepção de culpabilidade enquanto princípio apela tanto para o entendimento acerca da imposição de limites à potestade punitiva estatal quanto como um conceito de política criminal que traz consigo garantias mínimas a todo aquele que se depara com o sistema de justiça criminal.

¹⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 501.

²⁰ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 64-65.

²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal**: Parte General. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 102-104.

Para exercer o controle social, o Estado dispõe de várias instâncias de controle, sendo a parcela reservada ao Direito penal aquela que se ocupa dos “ataques mais intoleráveis aos bens indispensáveis ao desenvolvimento social dos indivíduos”.²²

Dessa forma, o Direito penal, ao concentrar as formas de intervenção mais violentas que o Estado dispõe para com os seus cidadãos (penas e medidas de segurança), requer uma indissociável aproximação com garantias que visam conter a produção de excessos, visto que estes estão relacionados com o abuso do poder e são ilegítimos sob o ponto de vista democrático.

Nesse sentido, é oportuna a citação à BECCARIA ao conceber as bases para a limitação da potestade punitiva estatal:

“O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afasta dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos.”²³

Trazendo a discussão para dentro do Estado Democrático e Social de Direito, depreende-se que vários limites ao exercício da potestade punitiva são necessários a fim de se legitimar o controle social que cumpre ao Direito penal²⁴.

Assim sendo, a culpabilidade, desde as suas primeiras teorizações, imprime a noção de que a responsabilidade penal se fundamenta na ideia de que deve haver alguma contribuição subjetiva do agente para a configuração do delito. Caso contrário, não deverá haver a incidência da esfera penal para responsabilizar este indivíduo, visto que não seria possível culpá-lo por um fato sobre o qual não escolheu livremente realizar, ou seja, conforme assevera BUSATO, trata-se de exigir

²² BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 68.

²³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas** (tradução de Paulo M. Oliveira) 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2015. p. 24-25.

²⁴ MONTES HUAPAYA, Sandro. El principio de culpabilidad como concepto político criminal dentro un estado de derecho, social y democrático. En: **Derecho Penal Online (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea)**. Año 2007. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_39.pdf>. Acessado em 06 de maio de 2019. p. 10-11.

que “não só o fato possa ser atribuído objetivamente ao autor como obra sua, mas também possa sê-lo subjetivamente”.²⁵

Disso decorre que o princípio da culpabilidade serve como um escudo contra a responsabilidade penal objetiva, garantindo, assim, o preenchimento do tipo subjetivo, sendo que o autor de um crime somente será penalmente responsável quando agir com dolo ou, ao menos, com culpa, quando esta estiver prevista em lei.

Essa é a noção básica do princípio da culpabilidade enquanto limite à potestade punitiva estatal.

Sucede que a culpabilidade, enquanto princípio, também pode ser compreendida sob o viés político-criminal, a partir do qual o conceito é constituído por garantias que visam fixar limites à potestade punitiva estatal que não se reduzem a somente consagrar a responsabilidade penal subjetiva, conforme assevera MONTES HUAPAYA:

“Um conceito amplo ou político-criminal resulta mais adequado quando se trata de fixar os limites ao ius puniendi estatal, sempre orientado à prevenção. Orientação política que por si só não tem mais limites que a consecução de seus fins. Indubitavelmente, estes limites não podem se estabelecer no que a doutrina tradicional reconhece como princípio da culpabilidade: o dolo e a culpa, a qual temos sustentado, nos parece mais coerente chamar de “princípio de responsabilidade subjetiva”. Assim, terá que considerar este conceito como um componente a mais do conceito político-criminal do princípio da culpabilidade, e agregar outros que constituem, em seu conjunto, os pressupostos necessários para poder culpar a alguém e atribuir-lhe uma pena.”²⁶

Logo, a partir da noção político-criminal do princípio da culpabilidade, denota-se a incidência de um feixe de garantias do indivíduo frente ao Estado.

²⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 501.

²⁶ Texto original: “*Un concepto amplio o político criminal resulta más adecuado cuando se trata de fijar los límites al ius puniendi estatal, siempre orientado a la prevención. Orientación política que por sí sola no tiene más límites que la consecución de sus fines. Indudablemente, estos límites no sólo los puede establecer lo que en doctrina tradicional se reconoce como principio de culpabilidad: el dolo y la culpa, de la que como hemos sostenido, nos parece más coherente designarla como “principio de responsabilidad subjetiva”. Habrá que considerar este concepto como un componente más del concepto político criminal del principio de culpabilidad, y agregar otros que constituyen, en su conjunto, los presupuestos necesarios para poder culpar a alguien y atribuirle una pena*”. MONTES HUAPAYA, Sandro. El principio de culpabilidad como concepto político criminal dentro un estado de derecho, social y democrático. En: **Derecho Penal Online (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea)**. Ano 2007. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_39.pdf>. Acessado em 06 de maio de 2019. p. 10.

Dentre as garantias que derivam do princípio da culpabilidade, BUSATO²⁷ elenca as seguintes: i) a responsabilidade pessoal, individual e subjetiva do sujeito por seus atos; ii) a responsabilidade pelo fato, a qual se encontra em contraposição à intitulada “culpabilidade pelo modo de vida”; iii) a presunção de inocência, vez que o sujeito não comete crime até que se demonstre a sua culpabilidade; e iv) a individualização da pena que, além de exigir um juízo individualizado do *quantum* de pena que corresponde a cada indivíduo, contém em si a noção de proporcionalidade.

Portanto, a culpabilidade enquanto princípio, apesar de servir em maior ou menor medida como fundamento para as demais dimensões do conceito, compreende uma noção mais abrangente de vinculação subjetiva do autor à ocorrência do delito, não adentrando no mérito acerca de como as cargas subjetivas devem ser distribuídas nos elementos da teoria do delito, tampouco sobre como o juiz deverá graduar a pena.

Essas situações constituem os demais significados da culpabilidade os quais serão tratados em seguida.

2.1.2 A culpabilidade como baliza da pena (grau de reprovabilidade da conduta)

A culpabilidade enquanto baliza da pena está relacionada com o ideal de proporcionalidade atribuído à reprovabilidade da conduta do agente dentro de um determinado contexto.²⁸

A primeira manifestação que se encontra nesse sentido diz respeito ao grau de participação interna do agente para a realização do fato delituoso.

Conforme já destacado anteriormente, a responsabilidade penal das pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, depende de existir algum vínculo subjetivo para ocorrência do delito, sob pena de se admitir a responsabilidade penal objetiva.

Nesse viés, constata-se que o grau de participação interna também é objeto de gradação para a cominação da resposta penal, ou seja, sob o prisma da proporcionalidade, a resposta estatal aos delitos praticados com dolo – quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo – é mais severa do que

²⁷ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.199-207.

²⁸ Idem. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 502.

aquela reservada para os delitos praticados apenas com culpa – quando o agente age com negligência, imprudência ou imperícia – conforme destacado por HASSEMER:

“O dolo e a culpa não são apenas fenômenos descritivos, eles são também fenômenos normativos. (...) O dolo, em relação com a culpa, é a forma mais grave de culpabilidade; os graus de participação interna seguem mutuamente em uma escala normativa desde a culpa inconsciente até a intenção”.²⁹

Em complemento, Leonardo SIQUEIRA³⁰ adverte que não se pode simplesmente tratar o dolo como uma espécie mais grave da culpa (ou imprudência), mas sim de culpabilidades distintas. Contudo, isso não prejudica a premissa maior de que há sim uma ideia de proporção vinculada ao grau de participação interna do agente para a ocorrência do fato delituoso na fixação do *quantum* de pena privativa de liberdade a ser aplicada.

Outras demonstrações da culpabilidade enquanto baliza da pena podem ser encontradas no Código Penal Brasileiro, conforme destaca a doutrina³¹: na fixação do *quantum* de pena privativa de liberdade a ser aplicada (art. 59 do Código Penal), sendo a culpabilidade uma das circunstâncias judiciais a ser valorada na dosimetria da pena; na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, inciso III, do Código Penal); e na distribuição da carga penal entre os coautores, conforme art. 29 do Código Penal.

Em que pese as manifestações já apresentadas da culpabilidade enquanto baliza da pena, ainda resta esclarecer se a culpabilidade serve como fundamento para a imposição da pena ou como limite da resposta penal.

A discussão ganha especial relevância com o funcionalismo teleológico de Claus ROXIN, dentro do esforço de reaproximar o Direito penal da política criminal, visto que tornar a culpabilidade o fundamento único da imposição da pena só teria

²⁹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. de Pablo Rodrigo Afflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 300.

³⁰ SIQUEIRA, Leonardo. **Culpabilidade e Pena: a trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 74-76.

³¹ Nesse sentido, destaca-se os apontamentos realizados por “BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 502-503” e “BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral** 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 571 e 774”.

sentido dentro da lógica retribucionista de aplicação da consequência jurídico-penal³².

Dessa forma, na visão ROXIN, a pena está fundamentada nas necessidades de prevenção (gerais e especiais), ocupando-se a culpabilidade de operar como um verdadeiro limite máximo da pena, uma vez que a intervenção coercitiva do Estado não o autoriza a submeter o indivíduo ao seu arbítrio, mas sim tão somente à medida da sua culpabilidade³³.

No mesmo sentido, também assevera Bernd SCHÜNEMANN, para quem culpabilidade não tem mais o papel de servir de fundamento para o castigo, visto que este se justifica pelas finalidades preventivas da pena, as quais somente se legitimam quando se considera a função delimitadora da culpabilidade³⁴. Razão pela qual, para o referido autor, a culpabilidade tem a finalidade de servir como limite da pena e não como o seu fundamento.

Independentemente da corrente doutrinária adotada, denota-se que a culpabilidade exerce importante função enquanto baliza da pena³⁵, consistindo em uma importante garantia da pessoa (jurídica ou física) frente ao Estado, visto que o *quantum* fixado decorre de um juízo individualizado e proporcional de reprovação.

2.1.3 A culpabilidade como elemento do conceito de delito

A culpabilidade enquanto elemento da Teoria do Delito se refere a todas as características relativas ao sujeito necessárias para imputar-lhe reprovação penal como um juízo de valor normativo por sua atitude contrária ao direito³⁶.

Pelo fato de a culpabilidade ser um juízo relativo ao autor, isso não significa que esta valoração é feita de modo alheio ao fato delitivo, sob pena de se fundar um

³² ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General**. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1, p. 102.

³³ Ibidem, p. 99-100.

³⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo*. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales**. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, p. 172-173.

³⁵ SIQUEIRA, Leonardo. **Culpabilidade e Pena: a trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 129-130.

³⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 504.

Direito penal do autor³⁷, como fizera Edmund Mezger ao inaugurar o conceito de “culpabilidade pela condução de vida”, no qual o sujeito é reprovado por adotar um estilo de vida contrário ao Direito, e também Hans Welzel, em seus primeiros escritos, com a chamada “culpabilidade de caráter”, por meio da qual o agente seria culpado não em razão da prática do injusto, mas sim devido ao caráter que ele permitiu que se formasse em si e do qual resulta a atitude delitiva³⁸.

Por isso, ao analisar a culpabilidade é imprescindível entendê-la como um juízo acerca do autor relativo ao fato delitivo. Somente assim é possível garantir que o autor será reprovado pela ação praticada e não pela sua condição de ser.

Estabelecida esta premissa, é preciso ainda realizar algumas considerações acerca da origem e evolução epistemológica do conceito de culpabilidade para compreender a influência que estas mudanças de paradigma tiveram na dogmática da culpabilidade penal.

A ideia de livre-arbítrio, traduzida pela possibilidade de escolher, dentre as opções de ação, agir em contrariedade ao direito, permeia a dogmática penal da culpabilidade³⁹, tendo servido de base para a construção do conceito de Culpabilidade Normativa da Teoria Finalista de Welzel.

Sucede que o livre-arbítrio, em contraposição às Teorias Deterministas, levou a doutrina à chamada “Crise da Culpabilidade”⁴⁰.

Não obstante, conforme destaca HASSEMER⁴¹, esta é uma discussão infecunda e inútil para o Direito penal, pois sem a liberdade de vontade seria

³⁷ MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos. La concepción signitativa de la acción de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, v.1, n. 2, 1999, p. 12.

³⁸ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. 5. ed. Revista e atualizada por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. II. p. 21-23.

³⁹ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 192, para quem as noções deterministas de culpabilidade pouco auxiliam no estabelecimento de um ponto de partida para a construção do conceito, visto que “a pretensa lógica determinista contém falhas evidentes, inclusive de sentido lógico. De qualquer modo, a aceitação da hipótese determinista conduz a duas opções igualmente insustentáveis: ou se renuncia à ideia de que a possibilidade de atuar de outro modo é o que fundamenta a reprovação penal, ficando sem qualquer referência para tal reprovação; ou se preserva a ideia de que a reprovação penal se dá porque o sujeito poderia agir de outro modo, admitindo, porém, que esse critério é absolutamente inseguro, indemonstrável e, como tal, inaceitável. (...) Resulta daí, ao menos, a afirmação de que o determinismo é incompatível com o direito e a liberdade de vontade como critério absoluto não se liga à ideia de culpabilidade, porque também indemonstrável”.

⁴⁰ Ibidem, p. 187, 192 e 193, para quem a crise da culpabilidade é, em realidade, um falso problema do qual se ocupou a doutrina, justamente porque a recusa ao determinismo não fornece uma solução para encontrar um fundamento de reprovação para a culpabilidade.

⁴¹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. de Pablo Rodrigo Afflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 307.

impossível imputar a alguém um juízo de reprovação penal, o que promove um rechaço completo às teses deterministas⁴².

Nesse quesito, a proposta de Tomás Salvador VIVES ANTÓN parte de uma outra perspectiva para afirmar a sua pretensão de reprovação, a qual se desvincula do falso problema que deu origem à chamada “Crise da Culpabilidade”, partindo, portanto, da ideia de liberdade de ação.

A esse respeito, assevera BUSATO que:

“A culpabilidade, em seus próprios fundamentos, se vincula à ação. Se a ação é expressão de sentido, a culpabilidade estabelece quem é o sujeito responsável por tal expressão. Dessa vinculação decorre que a ação pressupõe liberdade de agir, pois do contrário jamais poderia ser expressão de sentido.”⁴³

Logo, a concepção de culpabilidade entendida por meio da pretensão de reprovação da teoria significativa se afasta da ideia de livre-arbítrio na medida que, embora a liberdade seja a condição de existência da própria ação como expressão de sentido, isso não implica dizer que a liberdade seja o fundamento material da culpabilidade⁴⁴.

Nesse sentido, a pretensão de reprovação teria uma dimensão formal, referente às características do sujeito que o ordenamento jurídico estabelece como necessárias a atribuir-lhe responsabilidade penal, e material, a qual está estruturada na análise concreta e circunstancial sobre a partir de quais pressupostos é possível

⁴² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011. p. 865-867, se alinha com HASSEMER e ressalta que a dúvida determinista não é uma dúvida legítima, sendo que o problema da liberdade para atuar no Direito Penal se escurece quando contaminado com o problema metafísico do determinismo versus indeterminismo. Razão pela qual o autor afirma que “*Pues la libertad de actuar que en Derecho penal importa – la que se halla en la base de nuestras creencias ordinarias y constituye un pilar insustituible de la estructura de nuestro mundo de la vida y el fundamento de las exigencias de la culpabilidad – puede probarse en el proceso penal, tanto en general como respecto del autor concreto en la situación concreta. Claro que hay márgenes de duda y esos márgenes habrán de ser despejados de conformidad con la presunción de inocencia. Pero, la exigencia procesal de una prueba de la que se infiera la culpabilidad «más allá de toda duda razonable» nada tiene que ver con la exigencia dogmática que, según acabamos de exponer, pretende que se suministre una prueba de la falsedad del determinismo. Una exigencia descontextualizada —pues los juristas hemos de vérmolas con problemas de la vida ordinaria, que se resuelven ante los Tribunales de Justicia, no con problemas «filosóficos» – petulante – pues es al dogmático al que correspondería justificar la legitimidad de sus exigencias – e incongruente – porque la duda que la fundamenta, al versar sobre uno de los pilares básicos de nuestro juego de lenguaje «parecería llevarse por delante el fondo sobre el que descansan todos sus juicios».*”

⁴³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 532.

⁴⁴ VIVES ANTÓN, op. cit., p. 325.

afirmar que determinado comportamento efetivamente foi livre, separando-se, assim, por completo da polêmica em torno do determinismo e do livre-arbítrio⁴⁵.

Dito isso, a culpabilidade consiste, portanto, em um juízo meramente normativo e não ontológico, sendo a sua concepção, conforme destaca BUSATO, “a exigibilidade de ajuste ao direito, levando em consideração as condições situacionais do sujeito”.⁴⁶

Desse modo, para que ocorra o juízo de reprovação, é necessário o sujeito reunir: i) a capacidade de entender e valorar as suas condutas dentro do contexto das normas jurídicas (imputabilidade); ii) e que atua tendo a consciência de que está violando o ordenamento jurídico, ou, ao menos, tendo a possibilidade de estar ciente disso (consciência da ilicitude).⁴⁷

Com esse recorte, será possível resgatar, de modo sucinto, a evolução da dogmática alemã do conceito de culpabilidade na Teoria do Delito e apresentar a sua estrutura.⁴⁸

2.1.3.1 A evolução da dogmática alemã do conceito de culpabilidade na Teoria do Delito

No causal-naturalismo, a culpabilidade estava baseada na existência de pressupostos subjetivos ontologicamente constatáveis (dolo e culpa) que promovessem a conexão psíquica entre o autor e o fato a ele atribuído⁴⁹.

Este modelo não se sustentou, especialmente porque a culpabilidade era analisada como se fosse o elemento subjetivo do tipo (dolo ou culpa) e se esgotava no seu aspecto psicológico, do que decorre uma série de entraves dogmáticos relacionados principalmente a ausência de abertura para causas de exculpação e dificuldades atinentes a explicação da culpa inconsciente⁵⁰.

Com a crise do positivismo e de seus métodos oriundos das ciências naturais, a dogmática penal recebeu o influxo dos pensamentos neokantistas, dando origem à Teoria Psicológico-Normativa da Culpabilidade, a partir das contribuições

⁴⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 533.

⁴⁶ Ibidem, p. 533-534.

⁴⁷ Ibidem, p. 534.

⁴⁸ Este trabalho, para fins metodológicos, optou por analisar os movimentos que ocorreram na Teoria do Delito em relação à culpabilidade na Alemanha, muito embora se conheça que não foram todos os países que seguiram essa sequência.

⁴⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 68-69.

⁵⁰ BUSATO, op. cit., p. 509-510.

de Reinhard Frank, James Goldschmidt, Berthold Freudenthal e Edmund Mezger, com as quais dolo e culpa (ou imprudência) não são mais espécies de culpabilidade, mas sim elementos da culpabilidade que convivem ao lado de outros atributos normativos, tais como, imputabilidade e exigibilidade de conduta conforme o Direito⁵¹.

Após isso e com os trabalhos de Hellmuth von Weber e Hanz Welzel, a culpabilidade, enquanto elemento da teoria do delito, deixou de ser psicológica e inaugurou um modelo normativo do conceito⁵².

Com relação à teoria finalista de Welzel, a culpabilidade se estrutura em três elementos normativos: a) imputabilidade (ou capacidade de culpabilidade); b) potencial consciência da ilicitude (ou possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato); e c) inexigibilidade de conduta diversa (exigibilidade de obediência ao Direito).

A presente teoria teve como mérito extirpar a natureza psicológica da culpabilidade, concebida pela teorias psicológica e psicológico-normativa, adotando um conceito puramente normativo de culpabilidade⁵³.

Para tanto, a Teoria de Welzel propôs a quebra do *dolus malus* concebido por James Goldschmidt, também chamado de dolo híbrido, na qual ocorreu um rearranjo, dentro da Teoria Finalista, dos elementos que compunham o *dolus malus*, o qual era caracterizado por: i) elemento intencional, a voluntariedade; ii) elemento intelectual (previsão ou consciência), a previsão do fato; iii) elemento normativo, a consciência atual da ilicitude⁵⁴.

Dessa forma, a quebra do *dolus malus* consiste em migrar para a ação típica o elemento volitivo e o intelectual, mantendo na categoria da culpabilidade apenas o elemento normativo, chamado de consciência da ilicitude, o que se coaduna perfeitamente com o conceito de ação proposto por Welzel, conforme destaca BUSATO:

“O advento do finalismo, com Welzel, baseava-se em um neo-ontologismo caracterizado principalmente pela negação dos pressupostos neokantianos. A partir de tais concepções, Welzel propunha a reorganização da teoria do delito sobre o conceito de ação, que predeterminaria ontologicamente o sistema de imputação. Esse conceito de ação era buscado por Welzel em

⁵¹ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral** 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 444-447.

⁵² BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 184-185.

⁵³ BITENCOURT, op. cit., p. 450.

⁵⁴ Ibidem, p. 447.

raízes que remontam ao próprio Aristóteles, sempre com a ideia de que a ação humana é constituída de uma vontade dirigida a um fim. Essa vontade, vinculada a um propósito, certamente implicaria no reconhecimento de que o dolo seria um elemento da própria ação.”⁵⁵

Em que pese o mérito da teoria finalista em ter se desvincilhado do aspecto psicológico da estrutura da culpabilidade, o conteúdo desta tal como idealizado por Welzel, não proporciona uma correta reprovabilidade pessoal do agente, sendo pertinente a crítica de Reinhard MAURACH⁵⁶ ao afirmar que a exigibilidade de conduta diversa não é um conceito individualizante da responsabilidade penal do agente, uma vez que se pauta no pressuposto bastante criticável do homem-médio.

Continuando com o desenvolvimento do conceito na Teoria do Delito, tem-se, com o advento da Teoria Funcionalista Teleológica de Claus ROXIN, que a culpabilidade ganha conteúdo funcionalizado em torno da ideia dos fins da pena.

Nessa perspectiva, ROXIN traz para o âmbito da Teoria do Delito a discussão acerca da Teoria da Pena, superando a lógica da culpabilidade enquanto “poder atuar de outro modo” para questionar o porquê se exige do autor outra conduta que não a realizada⁵⁷.

Nessa perspectiva, ROXIN propõe que a terceira categoria da estrutura do delito não seja mais denominada de culpabilidade, mas sim de responsabilidade:

“(...) a culpabilidade, por si só, não consegue justificar a pena. Talvez fosse materialmente mais correto falar de responsabilidade (Verantwortlichkeit) em vez de culpabilidade. Pois a culpabilidade é somente um dos fatores que decidem sobre a responsabilidade penal”.⁵⁸

Essa mudança não consiste em uma mera alteração de nomenclatura, mas sim de carga dogmática do conceito, uma vez que a categoria sistemática chamada de Responsabilidade é composta por dois elementos: i) a culpabilidade propriamente dita, incluindo aí os mesmos elementos que compõe a Teoria Finalista de Welzel, ou seja, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa; e ii) necessidade de pena.

⁵⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 515.

⁵⁶ MAURACH, Reinhard. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona: Ariel, 1962, v. II, p. 29.

⁵⁷ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 465.

⁵⁸ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 70.

Ao analisar a necessidade de pena, ROXIN propõe que não poderia haver responsabilidade, mesmo que haja culpabilidade, nos casos em que não há necessidade de aplicação de pena, ou que esta não se resta justificada, isto porque a pena cumpre a função motivadora da norma penal, logo, não havendo necessidade de pena, não há razão de se afirmar que um fato é crime. Caso contrário, comprometer-se-ia a própria racionalidade do sistema penal.⁵⁹

Entretanto, esta concepção é passível de crítica no sentido de que atrelar a culpabilidade aos fins da pena pode ensejar manipulação do Direito penal em razão de decisões arbitrárias de política criminal.⁶⁰

Isso acaba acontecendo quando se analisa o conteúdo da culpabilidade atribuído pelo funcionalismo sistêmico de Günther JAKOBS, no qual o conceito alcança a sua funcionalização máxima às necessidades preventivos-gerais da pena, o que admite a instrumentalização do indivíduo em função das expectativas sociais⁶¹.

Esta concepção de bases pouco garantistas entende que o fundamento da culpabilidade estaria na decisão em favor da quebra da norma, sendo a pena necessária para promover a reestabilização normativa.⁶²

Como se vê, esta teorização retira o acusado do centro da discussão acerca da culpabilidade, submetendo-o às expectativas sociais e adotando uma perspectiva utilitarista do Direito penal, com a qual o presente trabalho não se coaduna.

Concluídas as considerações acerca do tratamento dado à culpabilidade por meio das teorias funcionalistas, um novo paradigma será analisado: o da Teoria da Ação Significativa, formulado por Tomás Salvador VIVES ANTÓN.

Esta teoria, partindo do paradigma da Filosofia da Linguagem de Ludwig Wittgenstein, propõe uma releitura de todas as categorias sistemáticas da Teoria do Delito a partir de uma reflexão filosófica dirigida à ação e à linguagem, ao invés de fazê-la em relação ao sujeito.⁶³

⁵⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 520.

⁶⁰ STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**. Parte General I. El hecho punible. Trad. De Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thompson-Civitas, 2005. p. 234.

⁶¹ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 584.

⁶² BUSATO, op. cit., p. 521-522.

⁶³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La concepción signitativa de la acción de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, v.1, n. 2, 1999, p. 03.

Essa releitura ocorreu em todas as categorias da Teoria do Delito, não sendo diferente com a culpabilidade, a qual passou a ser chamada, na Teoria de VIVES ANTÓN, de Pretensão de Reprovação, partindo-se de uma ideia muito simples: a reprovação jurídica se dirige ao autor por ter realizado uma ação ilícita.⁶⁴

Esta noção também foi utilizada pelo finalismo, todavia, a Teoria Finalista não executou completamente a tarefa de individualizar o juízo de reprovação.

Isso porque, na Teoria Finalista, a inexigibilidade de conduta diversa ainda é mantida como um elemento da culpabilidade, sendo que este elemento não diz respeito exatamente a reprovação pessoal do agente por conta de suas características pessoais gerais ou específicas de compreensão, mas se trata de um juízo de valor que versa sobre a situação de fato em cotejo com a atitude do agente, estando muito mais próximo do campo de análise da ilicitude do que da culpabilidade⁶⁵.

Diante disso, a proposta significativa propõe que a Inexigibilidade de Conduta Diversa passe a integrar a Pretensão de Ilcitude, dentro das chamadas Permissões Fracas, devido ao fato de que o juízo de valor que se realiza a respeito deste elemento não está vinculado a incompreensão do agente acerca do conteúdo da norma, mas sim no fato de que o direito não exige dos cidadãos comportamentos heroicos.⁶⁶

Logo, a partir da Teoria Significativa, para que ocorra o juízo de reprovação, é necessário o sujeito reunir: i) a capacidade de entender e valorar as suas condutas dentro do contexto das normas jurídicas (imputabilidade); ii) e que atua tendo a consciência de que está violando o ordenamento jurídico, ou, ao menos, tendo a possibilidade de estar ciente disso (consciência da ilicitude).⁶⁷

Esse seria o panorama conceitual da culpabilidade enquanto elemento do conceito analítico do delito.

2.1.3.2 Considerações Finais acerca da Culpabilidade enquanto Elemento do Conceito Analítico de Delito

⁶⁴ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011. p. 494.

⁶⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 481.

⁶⁶ Ibidem, p. 481.

⁶⁷ VIVES ANTÓN, op. cit., p. 494.

Como se observa, em quaisquer das teorias anteriormente apresentadas, invariavelmente todas têm o seu referencial centrado na Pessoa Natural, fazendo da culpabilidade uma categoria que valora aspectos biopsicológicos do autor do delito, vez que este, sendo imputável a partir dos parâmetros de política criminal estabelecidos, é dotado então de consciência e de livre-arbítrio que o permitiu escolher realizar a prática do delito quando poderia ter optado em não o realizar.

Dessa maneira, a culpabilidade é um juízo de reprovação do autor pelo cometimento de um ato típico e ilícito, sendo que, devido ao fato de não se poder acessar a subjetividade do agente, a culpabilidade, a partir do paradigma da filosofia da linguagem, abandona a pretensão de correspondência com uma verdade empírica, querendo apenas que o juízo normativo seja o mais justo possível.⁶⁸

Nesse sentido, seria impossível demonstrar-se empiricamente que o autor do delito agiu livremente e com consciência, ainda que potencial, acerca da ilicitude de sua ação ou omissão e pior, incumbir a um magistrado sua valoração como se este pudesse ter acesso à mente do autor do crime durante o seu planejamento e execução.⁶⁹

Isso levaria a uma situação absurda, haja vista que o processo penal é uma pobre reprodução dos fatos ocorridos em um determinado local e data, sendo impossível resgatar o estado de ânimo do autor no momento da prática delitiva.⁷⁰

Dito isso, somente é possível se fazer uma atribuição da culpabilidade a alguém por meio do uso da linguagem, ou seja, o juiz não reprova a pessoa, pois constatou nela, empiricamente, a potencial consciência da ilicitude de sua ação ou omissão, mas sim a atribui este desvalor por identificar através do contexto da ação ou omissão, a possibilidade de se inferir que aquela pessoa agiu com potencial consciência da ilicitude.

Ou seja, conforme assevera BUSATO, é preciso que a pretensão de reprovação, especialmente no que tange à análise da potencial consciência da ilicitude, inclua um componente pessoal comunicativo na valoração, atribuindo-se a

⁶⁸ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011. p. 866-867.

⁶⁹ Ibidem, p. 925-927.

⁷⁰ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 186.

possibilidade de conhecer a ilicitude a partir das condições que o sujeito expressa em seu agir comunicativo.⁷¹

Somente nestes termos é que se pode falar que a pessoa (física ou jurídica) agiu de maneira culpável e que lhe é possível a imposição de uma pena.

2.2 O PERFIL PRINCIPIOLÓGICO UNITÁRIO DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DELITO

O tópico anterior do presente trabalho teve como objetivo mostrar as diferentes acepções da palavra culpabilidade no Direito penal e demonstrar como funciona o juízo de reprovação dirigido ao autor do injusto.

Com isso, apresentou-se, resumidamente, a estrutura e a evolução conceitual da culpabilidade enquanto princípio, enquanto baliza da pena e como elemento do conceito analítico de crime da teoria do delito.

Sucedem que em um sistema dualista, ainda que mitigado, como o brasileiro⁷², a pena não é a única consequência jurídica possível para o delito, sendo que o Estado dispõe, ao lado da pena, também de medidas de segurança como resposta diante da ocorrência do injusto.

Considerando que tanto as penas como as medidas de segurança são respostas penais, não é razoável supor que somente às primeiras se aplicam as garantias do Direito penal democrático, ao passo que às últimas se reservaria um regime completamente diferente e paralelo.⁷³

Isso violaria a própria lógica de sistema que é ínsita ao Direito penal.

⁷¹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 551.

⁷² Este trabalho não se ocupará de enfrentar a chamada “Crise do Sistema de Dupla Via”, vez que se parte da premissa que Penas e Medidas de Segurança, embora tenham naturalmente se aproximado muito, ainda guardam, cada qual, um espaço de delimitação teórico e prático próprios, ainda que não se sustente as diferenças clássicas entre ambas as consequências jurídicas do delito. Nesse sentido, HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 319, sustenta que “a maior tarefa político criminal e jurídico-constitucional face ao desenvolvimento da execução da pena e da execução da medida hoje não consiste mais na reativação da oposição entre culpabilidade e periculosidade, mas no desenvolvimento de instrumentos que façam com que o delinquente se depare com uma consequência jurídico-penal, que seja a resposta mais precisa possível para o seu ato e a sua personalidade, e que, por outro lado, garanta que o delinquente – tanto em relação à medida como também à pena – será protegido contra intervenções desproporcionais aos seus direitos”. Para maior aprofundamento acerca das diferenças e aproximações entre monismo e dualismo, sugere-se a leitura de BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 285-310.

⁷³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 784-785.

Ou seja, a ausência de culpabilidade enquanto pretensão de reprovação não afasta a aplicação da culpabilidade enquanto princípio e enquanto baliza da consequência jurídico-penal do crime do âmbito das respostas penais que independem de um juízo de reprovação.

Sendo assim, não há como pensar que, no âmbito das medidas de segurança, a responsabilidade penal não seria pessoal, individual, subjetiva e pelo fato, tampouco que não haveria espaço para o postulado da presunção de inocência e da proporcionalidade.⁷⁴

A mesma situação ocorre no que diz respeito aos outros dois princípios estruturantes do direito penal – o da legalidade e o da intervenção mínima – não havendo, portanto, sentido em negar-lhes aplicação quando se trata das medidas de segurança.

Assim, o sistema de medidas de segurança, embora não faça uso da estrutura dogmática da pretensão de reprovação, não abandona os princípios estruturantes do Direito penal.

Dessa forma, serão feitas algumas considerações acerca de algumas especificidades das medidas de segurança e de que forma as garantias acima previstas a elas se aplicam.

2.2.1 As garantias inerentes à aplicação das medidas de segurança

Nos estudos da Escola Clássica, a pena era vista como a única reação penal possível do Estado frente ao delito. Isso não implica dizer que esta corrente ignorava a existência dos inimputáveis, entretanto, o conceito de periculosidade aplicado a estes ia muito além da constatação de problemas mentais, estendendo-se para casos de delinquentes habituais e dissidentes religiosos.⁷⁵

⁷⁴ Ou seja, as medidas de segurança também têm um conteúdo de reprovabilidade do autor em relação ao injusto, conforme destaca ZIFFER: *“desde este punto de vista, la cuestión debería plantearse en términos inversos a como se lo hace habitualmente: no se trata tanto de quitarle el contenido de reproche a la pena, de negar su calidad de “mal intencionado”, sino, antes bien, de reconocer que las medidas impuestas independientemente de la culpabilidad también tienen un contenido de censura y formulan un reproche al autor”*. ZIFFER, Patricia Susana. **Medidas de Seguridad**: pronósticos de peligrosidad en derecho penal. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 137.

⁷⁵ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 273.

Com a Escola da Criminologia Positiva, que se contrapõe a ideia de livre-arbítrio e de culpabilidade, as medidas de segurança, especialmente após os trabalhos de Enrico Ferri e da Terza Scuola de Carnevale, somaram-se ao catálogo das consequências jurídicas do delito, voltando a sua atenção para a pessoa do delinquente.⁷⁶

Nesse momento, formou-se um conceito de periculosidade social associado ao delinquente contumaz ou reincidente, bem como aos enfermos mentais que cometessem crimes graves, o qual consistia no fato de que o sujeito, em função de características suas que o definem como antissocial, apresentava uma probabilidade futura de cometer um delito.⁷⁷

Isso justificaria a imposição de medidas de segurança pré-delitivas sob o pressuposto de prevenir a criminalidade, sendo que, uma vez constatada a periculosidade social do sujeito, não haveria razão para o Estado aguardar a ocorrência de um delito para iniciar a sua ação preventiva.⁷⁸

Nessa ótica, o Código Penal Suíço de 1893, o Código Penal Espanhol de 1928 e a legislação alemã, através da Lei de Delinquentes Comuns de 1933, contiveram previsões de aplicação de medidas de segurança pré-delitivas às pessoas que apresentassem periculosidade social.⁷⁹

Entretanto, com o avanço dos estudos acerca da política criminal, percebeu-se que o sistema proposto pela escola positiva, ao propor a aplicação de medidas de segurança pré-delitivas com base em critérios de defesa social e de periculosidade social, levou a inúmeros desvios e excessos completamente incompatíveis com os fundamentos para um Direito penal democrático, vez que este sistema carrega consigo a marca de fundar um Direito penal de autor.⁸⁰

A reação a este sistema ocorre com a concepção do conceito de periculosidade criminal para a aplicação de medidas de segurança, no qual torna-se pressuposto para a aplicação desta consequência jurídica do delito a ocorrência de um fato típico e antijurídico.⁸¹

⁷⁶ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral** 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 107.

⁷⁷ BRUNO, Aníbal. **Perigosidade criminal e Medidas de Segurança**. Rio de Janeiro: Editora RIO, 1977. p. 107.

⁷⁸ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 276.

⁷⁹ Ibidem, p. 276-277.

⁸⁰ Ibidem, p. 278-279.

⁸¹ Ibidem, p. 280-281.

Nessa perspectiva, assevera BUSATO:

“A exigência prévia de um injusto típico para a imposição de uma medida de segurança cumpre uma tripla função de garantia: em primeiro lugar, reforça o prognóstico de periculosidade, já que o sujeito demonstra sua capacidade criminal traduzida no injusto cometido; em segundo lugar, fortalece a vigência do princípio da legalidade já que as medidas de segurança se aplicam somente quando concorram os requisitos estabelecidos na lei; finalmente, minimiza a função preventiva estatal em sua luta contra a criminalidade, em obediência a um princípio da intervenção mínima.”⁸²

Assim, somente as medidas de segurança que tenham por pressuposto a ocorrência de um fato típico e antijurídico são compatíveis com o Estado Social e Democrático de Direito.

Ainda, ao lado da ocorrência de um injusto típico⁸³, as medidas de segurança pós-delitivas têm como fundamento a constatação da periculosidade criminal do autor.

Dessa forma, confirmada a ocorrência do injusto típico e não estando presente a respectiva periculosidade criminal, a imposição de uma medida de segurança careceria de fundamento.⁸⁴

Dito isso, percebe-se que as medidas de segurança, diferentemente daquilo que concebeu a Escola Positiva, revestem-se de várias garantias a fim de corresponder a um modelo de controle social próprio de um Estado Social e Democrático de Direito.

Nesse sentido, BUSATO ressalta que as medidas de segurança precisam levar em consideração durante a sua formulação jurídica, as seguintes garantias: a) obediência ao princípio da legalidade em sentido amplo (*lex scripta, lex praevia e lex certa*); b) jurisdicionalidade da aplicação das medidas de segurança, visto que se trata de matéria penal no ordenamento jurídico brasileiro; c) garantia de execução das medidas de segurança na forma da lei; d) ter como fundamento a periculosidade

⁸² BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 280-281.

⁸³ Ibidem, p. 280, ao referir-se a nomenclatura mais adequada para um dos pressupostos das medidas de segurança pós-delitivas, ressalta que é mais técnico o emprego das expressões “injusto típico” ou “fato típico e antijurídico” ao invés do termo delito como requisito para a aplicação da medida de segurança em função do chamado “Princípio do Fato”.

⁸⁴ MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: Parte General**. 9. ed. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2010, p. 44.

criminal; e e) ter a culpabilidade, enquanto princípio, como leme da imposição das medidas de segurança.⁸⁵

2.2.2 Tomada de Posição

As consequências jurídicas do delito (penas e medidas de segurança) têm por finalidade manter o controle social do intolerável através da proteção seletiva de bens jurídicos.⁸⁶

O Estado Social e Democrático de Direito, ao aplicar uma medida de segurança ou uma pena no caso concreto, deve observar, obrigatoriamente os princípios da legalidade, da intervenção mínima e o da culpabilidade, assim como todas as garantias que deles decorrem.⁸⁷

Da legalidade decorrem as garantias criminal (*nullum crimen sine lege*), penal (*nulla poena sine lege*), jurisdicional (*nemo damnetur nisi per legale iudicium*) e de execução, bem como os requisitos das normas jurídicas da *lex scripta*, *lex praevia* e *lex certa*; da intervenção mínima, tem-se a fragmentariedade e subsidiariedade do Direito penal; e da culpabilidade decorre a responsabilidade pessoal, individual e subjetiva do sujeito pelo fato, a presunção de inocência e a individualização da consequência jurídica do delito que contém em si a noção de proporcionalidade.

Nesse sentido, não importa qual a consequência jurídica do delito a ser aplicada diante do caso concreto, a observância aos limites acima consignados não é uma faculdade do Estado, mas sim um dever.

Alguma dificuldade a doutrina encontra em entender como a culpabilidade poderia ser aplicada às medidas de segurança, visto que estas teriam por fundamento a periculosidade.

Entretanto, conforme anteriormente explicado, antes de ser um elemento dogmático do conceito analítico de crime, a culpabilidade é também um princípio. Assim sendo, as consequências jurídicas do delito estão limitadas, no âmbito principiológico, pela culpabilidade, limitação essa que alcança também as medidas

⁸⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 821-825.

⁸⁶ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 269.

⁸⁷ Ibidem, p. 141-145.

de segurança, especialmente com relação à ideia de isonomia e proporcionalidade que estas devem guardar com as penas.⁸⁸

Dessa forma, não seria possível sustentar, por exemplo, uma medida de segurança aplicada ao inimputável que fosse mais drástica e com prazo maior de duração do que a pena aplicável ao imputável, visto que violaria o princípio da culpabilidade na sua acepção de isonomia e proporcionalidade.

Tampouco faria sentido sustentar a aplicação de medidas de segurança pré-delitivas, com base na periculosidade social do agente, pois novamente violaria o princípio da culpabilidade enquanto garantia do cidadão de que sua responsabilidade sempre será apurada de forma pessoal, individual e subjetiva com relação a um fato típico e antijurídico.

Os exemplos jamais se esgotariam no sentido de se demonstrar que não faz sentido aplicar uma carga principiológica diferente às penas e outra às medidas de segurança, visto que ambas são consequências jurídicas do delito que se prestam, em última análise, a manter o controle social do intolerável através da proteção seletiva de bens jurídicos.

Dessa forma, conclui-se que penas e medidas de segurança têm um perfil principiológico unitário, regido por meio das conquistas que advêm do desenvolvimento dos princípios da legalidade, da intervenção mínima e da culpabilidade.

Somente a partir destes pressupostos que é possível pensar em consequências jurídicas do delito aplicáveis à Pessoas Físicas e Pessoas Jurídicas, sendo que qualquer proposta tendente a criar um Direito penal abreviado e de “segunda linha”, jamais encontraria amparo dentro da configuração de um Estado Social e Democrático de Direito.

⁸⁸ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 301.

3 MODELOS DE RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA E A PROBLEMÁTICA DA CULPABILIDADE

As fórmulas para atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, são divididas em dois grandes modelos de tipos ideais: i) heterorresponsabilidade (ou responsabilidade indireta) e ii) autorresponsabilidade (ou responsabilidade direta).⁸⁹

O critério de diferenciação desta classificação consiste em perquirir quem realiza a ação que possibilita a imposição de respostas penais às pessoas jurídicas⁹⁰.

Nesse sentido, a heterorresponsabilidade é caracterizada por uma espécie de transferência da responsabilidade da ação praticada por uma pessoa física ou órgão empresarial ao ente coletivo, enquanto que na autorresponsabilidade, a legitimação para a imposição da resposta penal decorreria de uma conduta própria da pessoa jurídica.⁹¹

Assim sendo, é natural e inevitável que ao transportar a culpabilidade para a responsabilização de entes coletivos, alguns entraves dogmáticos serão encontrados, independentemente do modelo adotado, tendo em vista que, apesar de a responsabilização de entes morais não ser exatamente uma novidade histórica⁹², o desenvolvimento da Teoria do Delito passou de modo alheio à preocupação com as Pessoas Jurídicas.

Essa situação faz com que aqueles que se oponham a possibilidade de responsabilização penal dos entes coletivos⁹³, formulem suas críticas principalmente

⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas y Acciones en Derecho Penal**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 69. No mesmo sentido ver: ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel. **La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones**: presupuestos sustantivos y procesales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 140-151.

⁹⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 104.

⁹¹ LOUREIRO, Maria Fernanda. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: A teoria do Delito para a Incriminação da Empresa**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 87 e 101.

⁹² Para maior aprofundamento acerca das razões político-criminais e do histórico da Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas, recomenda-se a leitura de "BUSATO, Paulo César. *Razões Político-Criminais para a Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas*. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas**: Seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 11-68".

⁹³ Nesse sentido GRECO, Luís. *Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas?* In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas**: Seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 69-76; e o compêndio de artigos da obra PRADO, Luiz Regis; DOTTL, René Ariel (coord.). **Responsabilidade Penal da Pessoa**

sob dois aspectos: i) a incapacidade de ação típica e ii) a incapacidade de culpabilidade das pessoas jurídicas.

Quanto ao problema da incapacidade de ação, a objeção que se faz é que a pessoa jurídica é incapaz de agir por si própria, ao menos em sentido ontológico, visto que sempre o faz por meio de seus órgãos ou representantes, sendo, ainda, incapaz de expressar vontade, não conseguindo, assim, preencher o elemento subjetivo do tipo, que seria inerente à pessoa natural⁹⁴.

É preciso consignar, desde logo, que a superação desta objeção passa inevitavelmente por uma mudança de posição quanto à teoria de base adotada para descrever a ação em sentido jurídico-penal.

Nesse sentido, é de se apontar que as teorias ontologicistas serão incapazes de fundamentar um conceito dogmático de ação que sirva à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, conforme assevera BUSATO:

“A mais comum oposição dogmática a RPPJ é a sua suposta incapacidade de ação. Esta afirmação, porém, tem suas raízes nas concepções ontológicas da ação que remontam ao século XIX e ao século XX, hoje já amplamente superadas. No cabe aqui detalhar a crítica completa das pretensões de organizar a teoria do delito a partir de concepções científicas sobre uma verdade como correspondências, organizadas a partir de um conceito pré-jurídico de ação, bastando assinalar a incapacidade de todas estas em oferecer um rendimento mínimo como categoria básica da teoria do delito e seu grande fracasso dogmático.”⁹⁵

Portanto, a superação da máxima “*societas delinquere non postest*” somente encontrará respaldo dentro de teorias de base não ontologicistas e que ofereçam as garantias penais inerentes ao Estado Social e Democrático de Direito, como, no caso, a Teoria da Ação Significativa⁹⁶.

Jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁹⁴ BARBOSA, Julianna Nunes Targino. **A Culpabilidade na Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2014. 207 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 23-24.

⁹⁵ Texto original: “*La más común oposición dogmática a la RPPJ, es su supuesta incapacidad de acción. Esta afirmación, sin embargo, echa sus raíces en concepciones de acción ontológicas que remontan al siglo XIX y al siglo XX, hoy ya ampliamente superadas. No cabe aquí detallar la crítica completa de las pretensiones de organizar la teoría del delito a partir de concepciones científicas sobre una verdad como correspondencia, organizada a partir de concepto pre-jurídico de acción, basta con señalar la incapacidad de todas ellas para ofrecer un rendimiento mínimo como categoría básica de la teoría del delito y su rotundo fracaso dogmático*”. BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 90-91.

⁹⁶ Nesse sentido, recomenda-se a leitura integral do Capítulo II – “Heteroresponsabilidad y Autoresponsabilidad Penal de Personas Jurídicas. Especial Referencia al Hecho de Conexión”

De todo modo, muito embora se reconheça que há uma conexão entre os conceitos jurídico-penais de ação e culpabilidade, o presente trabalho não examinará os problemas atinentes a incapacidade de ação da pessoa jurídica.

Logo, questionamentos acerca da forma de preenchimento do tipo objetivo e do tipo subjetivo – ou pretensão subjetiva de ilicitude para a Teoria da Ação Significativa – ⁹⁷ não serão objeto de análise neste esboço, visto que pertencem ao âmbito da ação típica⁹⁸, muito embora guardem relação com o Princípio da Culpabilidade, sob a ótica da responsabilidade penal subjetiva.

A respeito da culpabilidade, primeiramente, cumpre destacar que a problemática atinente à incapacidade de culpabilidade da pessoa jurídica é normalmente tratada no *locus* inapropriado, visto ser frequente a confusão em apontar vedações dogmáticas atinentes à ação típica ou, no caso da Teoria da Ação Significativa, à pretensão subjetiva de ilicitude, como um problema da culpabilidade, fazendo alusão ao binômio responsabilidade objetiva e subjetiva⁹⁹.

Tal confusão somente tem razão de ser se admitíssemos a utilização de um conceito psicológico de culpabilidade para os entes coletivos, o qual já foi superado há muito tempo pela Teoria do Delito, sendo que, desde o finalismo de Welzel, a culpabilidade consiste em um juízo de reprovação puramente normativo.

Por essa razão, o presente trabalho apresentou as diferentes acepções da palavra culpabilidade a fim de auxiliar na compreensão do que consiste, efetivamente, a suposta incompatibilidade entre a noção de culpabilidade e responsabilidade penal do ente coletivo.

Ou seja, o problema central para a culpabilidade consiste em saber como que é possível dirigir reprovação jurídico-penal ao ente coletivo senão por meio de alguém dotado de consciência e liberdade¹⁰⁰.

constante no livro “BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 77-107”.

⁹⁷ Para a Teoria da Ação Significativa, o dolo e a culpa em sentido estrito (ou imprudência) são analisados dentro da pretensão subjetiva de ilicitude e não no âmbito da tipicidade (ou pretensão de relevância). VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011. p. 492-493.

⁹⁸ Acerca da análise sobre a incapacidade de ação, sugere-se a leitura de: LOUREIRO, Maria Fernanda. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: A teoria do Delito para a Incriminação da Empresa**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 86-118.

⁹⁹ BARBOSA, Julianna Nunes Targino. **A Culpabilidade na Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2014. 207 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 99-101.

¹⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas y Acciones en Derecho Penal**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 83.

Nesse sentido, se fará a exposição dos principais modelos de heterorresponsabilidade e autorresponsabilidade penal, a fim de se averiguar a sua coerência dogmática com as garantias de um Direito penal democrático, em especial, com relação à culpabilidade jurídico-penal.¹⁰¹

3.1 OS MODELOS DE HETERORRESPONSABILIDADE PENAL

O ponto comum existente nos modelos de heterorresponsabilidade (ou de responsabilidade indireta) consiste no fato de que não se utiliza por base um injusto próprio da pessoa jurídica para lhe reprovar, mas sim a ação ilícita praticada por uma pessoa física, cuja responsabilidade é transferida à pessoa jurídica em razão da relação funcional existente entre esta e aquela.¹⁰²

A fim de se ressaltar as diferenças existentes entre os modelos de heterorresponsabilidade, a doutrina tradicionalmente os divide em: i) vicarial (*vicarious liability*) e ii) por identificação (*identification theory*).¹⁰³

O primeiro, também chamado de responsabilidade por ricochete ou por atribuição¹⁰⁴, consagrado no Direito Norte-Americano¹⁰⁵, consiste na realização de uma conduta delitiva por uma pessoa física, independentemente do cargo que esta ocupa na organização, seja ela integrante de algum dos órgãos do ente coletivo ou mesmo representando-o, a qual é imputada à pessoa jurídica.

¹⁰¹ Com acerto, destaca Gustavo Britta SCANDELARI que “*não se trata de ser contra ou a favor da responsabilização penal das pessoas jurídicas (RPPJ), mas sim, de se buscar coerência mínima entre as premissas de que se parte e a conclusão a que se chega; isso porque nemundo normativo muitos institutos não encontram nenhum correspondente ontológico e mesmo assim são utilizados sem impedimentos para fundamentar alterações no mundo concreto.*” SCANDELARI, Gustavo Britta. *As sanções criminais aplicáveis às pessoas jurídicas: uma nova teoria dos delitos?* In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas**: Seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 89.

¹⁰² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa**. 2. ed. Montevideo: B de F, 2016, p. 297.

¹⁰³ Há quem sustente que o modelo por identificação em realidade é um modelo de autorresponsabilidade, conforme destaca: REINALDET, Tracy. **La responsabilité pénale à l'épreuve des personnes morales** : étude comparée franco-brésilienne. 2017. 552 f. Tese (doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017, p. 99.

¹⁰⁴ Para um panorama geral acerca da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Direito Francês, sugere-se a leitura de “DECKERT, Katrin. *A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica na França*. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (Org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. v. 1. São Paulo: Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo, 2014, p. 195-225.”

¹⁰⁵ Cf. aponta “GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Fundamentos Modernos de la Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas**. Bases Teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2010. p. 233 e ss.”

Logo, a responsabilidade por este feito se transfere à pessoa jurídica na medida que a conduta delitiva, praticada em razão da relação funcional existente entre o autor e a Pessoa Jurídica, também pertence ao ente coletivo¹⁰⁶.

Conforme assevera BUSATO, este modelo transpõe a doutrina civilista da “*respondeat superior*” para o âmbito da responsabilização penal de entes coletivos:

“Assim, as mesmas bases da doutrina civil da *respondeat superior* foram trasladadas a responsabilização penal dos entes coletivos. Se entendeu que as organizações são as donas do negócio, com o qual, devem de responder pelos danos causados em virtude de conduta criminais praticadas por seus empregados durante a execução de suas atividades.”¹⁰⁷

No mesmo sentido conclui Celia WELLS, ao discorrer sobre o desenvolvimento da responsabilidade criminal das organizações no direito norte-americano:

“A emergência do princípio de common-law de que os empregadores tinham responsabilidade vicarial pelos seus funcionários facilitou o desenvolvimento tanto da responsabilidade civil, quanto da penal, das corporações. Foi apenas um curto passo da ideia do patrão enquanto uma pessoa humana para o patrão como uma pessoa corporativa. Esta “moderna” responsabilidade vicarial dos empregadores foi o renascimento de um antigo princípio, que havia sido corroído no período medieval, da responsabilidade absoluta por todas as ações ilícitas dos funcionários.”¹⁰⁸

Em que pese se possa apontar algumas diferenças entre o desenvolvimento da responsabilidade vicarial no Direito penal norte-americano e no direito francês¹⁰⁹, é certo que a presente teoria se trata de um sistema de imputação do delito

¹⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas y Acciones en Derecho Penal**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 70.

¹⁰⁷ Texto original: “Así, las mismas bases de la doctrina civil del *respondeat superior* han sido trasladadas a la responsabilización penal de los entes colectivos. Se entendió que organizaciones son los dueños del negocio, con lo cual, deben de responder por daños causados en virtud de conductas criminales practicadas por sus empleados en la ejecución de sus actividades”. BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 82.

¹⁰⁸ Texto original: “The emergence of the common-law principle that masters had ‘vicarious’ liability for their servants facilitated the development both of civil and criminal liability of corporations. It was only a short step from the idea of a master as a human person to the master as a corporate person. This ‘modern’ vicarious liability of masters was itself a revival of an ancient principle, which had been eroded in the medieval period, of absolute liability for all the wrongful actions of servants”. WELLS, Celia. **Corporations and Criminal Responsibility**. Oxford: Clarendon press. 1993, p. 97-98.

¹⁰⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 30-33 e 39-42.

cometido pela pessoa física à pessoa jurídica¹¹⁰, sendo que, para os fins deste trabalho, não é necessário realizar uma diferenciação minuciosa acerca dos modelos vicariais, visto que em ambos os países representaram um traslado da responsabilidade da pessoa física à pessoa jurídica.

Por sua vez, quanto ao modelo identificatório, este tem origem no direito anglo-saxão, também chamado de “*alter ego doctrine*”, e parte da premissa que aquele que realiza o “*actus reus*” (ato material) e a “*mens rea*” (elemento subjetivo) deve ser uma pessoa física com relevância suficiente dentro da estrutura organizacional do ente coletivo a ponto de poder expressar o “*directing mind and will of the company*”.¹¹¹

Nesse sentido, destaca Celia WELLS:

“A imagem antropomórfica que incute muita discussão jurídica é inútil se for entendida como implicação de que a mente não pode ser responsável pelo corpo. Mas, por outro lado, a metáfora fisiológica poderia ser usada como base para uma forma de responsabilidade que reflete melhor a realidade das organizações corporativas. A responsabilidade empresarial no Reino Unido pressupõe que apenas algumas autoridades selecionadas exerçam controle ou tenham autonomia gerencial sobre aspectos da empresa para a qual trabalham.”¹¹²

Dessa forma, a pessoa natural que tem alguma função de gerência no ente coletivo, passa a ser a própria personificação da pessoa jurídica¹¹³, de modo que a ação de determinadas pessoas físicas pode ser imputada à pessoa jurídica como se desta fosse, vez que a pessoa física atua enquanto a própria sociedade e não para esta, havendo aí a completa identificação entre as ações da pessoa natural e as do ente moral¹¹⁴.

¹¹⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Fundamentos Modernos de la Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas**. Bases Teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2010. p. 235.

¹¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas y Acciones en Derecho Penal**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 71.

¹¹² Texto original: “*The anthropomorphic image which infuses much legal discourse is unhelpful if it is taken to imply that the mind cannot be responsible for the body. But in other ways the physiological metaphor could be used as the basis for a form of liability which better reflects the reality of the corporate organizations. Corporate liability in the UK [United Kingdom] assumes that only a select few officers exert control or have any managerial autonomy over aspects of the enterprise for which they work*”. WELLS, Celia. **Corporations and Criminal Responsibility**. Oxford: Clarendon press. 1993, p. 130.

¹¹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 29.

¹¹⁴ PRADO, Luiz Regis. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações*. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Em

Nesse quesito, Maria Fernanda LOUREIRO destaca que:

“Seria, portanto, uma ação característica da coletividade aquela praticada pela pessoa física que em seu nome atua, mas – exatamente pela atuação em nome da pessoa jurídica – considerar-se-ia tal realização como própria da empresa.”¹¹⁵

Portanto, a análise acerca do crime que pode ser imputado à pessoa jurídica é feita em dois tempos no modelo identificatório. Primeiro busca-se identificar a pessoa física que cometeu o delito e, depois, pergunta-se se esta pessoa pertence a uma posição hierárquica da companhia capaz de expressar a mente e a vontade da empresa.¹¹⁶

Caso a resposta a ambas as perguntas seja afirmativa, então o delito é tratado como se fosse da própria pessoa jurídica também.¹¹⁷

3.1.1 As críticas feitas aos modelos de heterorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas

Em que pese as distinções acima apresentadas entre os modelos de heterorresponsabilidade, tanto no modelo vicariante quanto no modelo por identificação, há a transferência da responsabilidade da pessoa física para a pessoa jurídica, considerando que todos os elementos do conceito analítico de crime são

defesa do Princípio da Imputação Penal Subjetiva. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 138 e 139.

¹¹⁵ LOUREIRO, Maria Fernanda. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: A teoria do Delito para a Incriminação da Empresa**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 94.

¹¹⁶ PINTO, Amanda; EVANS, Martin. **Corporate Criminal Liability**. 3. ed. London: Sweet & Maxwell, 2013, p. 52.

¹¹⁷ Amanda Pinto e Martin Evans criticam esta concepção de atribuição de responsabilidade, visto que a busca por aqueles capazes de expressar a “directing mind and will” da empresa é feita fora de contexto. Nesse sentido, destacam os autores: “Accordingly, the Courts have tended to search for the company’s “brains” without reference to context. Such anthropomorphic quest, encouraged no doubt by Lord Denning’s vivid metaphor, misses the point. There is no omniscient “directing mind and will”; on the contrary, a company is merely a creature of statute without human characteristics governed by a series of rules. A more helpful enquiry would be: by what principles can criminal responsibility in any particular case be attributed to a corporation? The answer to this enquiry will depend upon context. Given (regrettably) that very few criminal statutes make specific provision relating to the conditions for corporate liability, unless liability is to be found solely upon the company’s constitution, the court should answer the question by applying the ordinary canons of construction. Is the offence one to which vicarious liability attaches? If the offence requires some act or state of mind on the part of the person “himself”, whose acts for the purpose of the provision in question should be attributed to the company?”. Ibidem, p. 52.

preenchidos com base na atuação da Pessoa Natural, cuja imputação é transferida para o ente coletivo ou identificada como se dele fosse¹¹⁸.

Nesse sentido, estas concepções apresentam uma contradição interna, visto que buscam responsabilizar e sancionar o ente coletivo tendo por base uma ação que ele efetivamente não praticara.

Logo, os modelos classificados como de heterorresponsabilidade são incapazes de apresentar um injusto próprio da pessoa jurídica, dependendo necessariamente da presença da pessoa física para a imputação penal do ente coletivo.¹¹⁹

Tal entendimento, além de não produzir um juízo individualizado de reprovação da pessoa jurídica, corroborando assim para um modelo de responsabilidade penal por culpabilidade alheia, não expressa o mínimo de coesão sequer com a própria Teoria da Empresa, dentro das chamadas Sociedades Empresariais.

Nesse sentido, destaca-se que o marco básico para viabilizar o exercício da atividade empresarial no regime societário – que se trata, sem dúvida, de uma conquista histórica das revoluções burguesas – é a separação entre a figura dos sócios e a da pessoa jurídica constituída¹²⁰.

Esta separação é bastante nítida quanto aos aspectos patrimoniais, podendo ser evidenciada também no âmbito das estruturas deliberativas do ente moral.

Nesse sentido, ao se deparar com estruturas coletivas complexas, tais como as Sociedades Anônimas e as Sociedades Limitadas, a opinião dos sócios não coincide necessariamente com a opinião da empresa, vez que as decisões são tomadas em colegiado, por meio de estruturas deliberativas, na forma de votação, sendo que o voto de cada sócio é proporcional a sua participação na formação do capital social da empresa – o que reforça novamente a ideia de separação entre os sócios e a sociedade.¹²¹

¹¹⁸ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 115.

¹¹⁹ DETZEL, André Eduardo. **Alternativas para a Superação da Vedação Dogmática da Culpabilidade Penal da Pessoa Jurídica nos Modelos de Hetero e Autorresponsabilidade**. 2016. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2016. p. 55.

¹²⁰ BERTOLDI, Marcelo Marins; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 10. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2016. p. 164.

¹²¹ Ibidem, p. 164.

Se essa separação entre sócios e sociedade é tão evidente, alcançando, inclusive, a responsabilidade civil e a administrativa, por que, então, para fins de responsabilidade penal ela deveria ser ignorada?¹²²

Logo, é preciso lançar mão desde já dos modelos de heterorresponsabilidade penal, pois estes não se prestam a analisar a complexidade da organização dos entes coletivos, além de incorrerem em simplificações pragmáticas que conduzem à violações frontais de garantias históricas do próprio sistema penal.

Além disso, André Eduardo DETZEL¹²³ aponta que a adoção de modelos de heterorresponsabilidade abre grandes portas para a impunidade de pessoas jurídicas.

Nessa perspectiva, argumenta que diante da complexidade atual das empresas, é muitas vezes impossível identificar a pessoa física que agiu no interesse ou em benefício do ente coletivo, o que fulminaria a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica.¹²⁴

Além disso, ressalta que há casos nos quais a pessoa física, utilizada como paradigma para a atribuição da responsabilidade penal da pessoa jurídica, não é considerada penalmente responsável, pois agiu, por exemplo, amparada por uma

¹²² Juan Carlos CARBONELL MATEU faz um contraponto a esta argumentação: *“En el fondo, no debe olvidarse que una de las funciones básicas que desempeñan las sociedades – puede decirse, en realidad, que, al menos en buena parte, para eso se inventaron – es la de limitar la responsabilidad individual de las personas físicas. La cuestión es meridianamente clara en el ámbito de la responsabilidad patrimonial. La consideración separada de los patrimonios social e individual, si bien por una parte comporta la creación de posibilidades infinitamente mayores de concentración económica y, por consiguiente, de intervención en el tráfico jurídico, supone por otra la limitación de responsabilidades individuales: no es el patrimonio global de un individuo el que resulta sometido a la condición de garantía, sino tan sólo aquélla parte que se encuentre incluida en el capital social: no responde Juan Pérez con todo su patrimonio, sino sólo el valor de las acciones con que Juan Pérez participa en la sociedad JUPESA, esté ésta compuesta por miles de accionistas o sólo por el aludido Juan Pérez. Lo que ahora debemos plantearnos es la conveniencia político-criminal de que dicha función de limitar la responsabilidad patrimonial de las personas físicas deba o no extenderse a la penal. Porque si admitiéramos tal consecuencia, estaríamos otorgando a las sociedades la cualidad de instrumentos perfectos para delinquir, eludiendo la responsabilidad penal individual.”* CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010. **Cuadernos de Política Criminal**, España, v. 101, n. II, p. 5-34, 2010, p. 9.

¹²³ DETZEL, André Eduardo. **Alternativas para a Superação da Vedação Dogmática da Culpabilidade Penal da Pessoa Jurídica nos Modelos de Hetero e Autorresponsabilidade**. 2016. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2016. p. 54.

¹²⁴ Ibidem. p. 54.

causa de justificação, o que desde logo impediria o traslado da responsabilidade ao ente coletivo.¹²⁵

Ainda, o sobredito autor sustenta que a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos modelos de heterorresponsabilidade por identificação poderia ser obstada quando a pessoa que realizou a conduta delitiva pertencer a um nível inferior dentro da hierarquia da empresa, de modo que não seja possível afirmar que a sua ação corresponderia a vontade do ente coletivo.¹²⁶

Nestes casos, bastaria que a empresa desenhasse uma cadeia de delegação de responsabilidade para livrar tanto o seu alto escalão como a própria pessoa jurídica de eventual responsabilidade penal.

De toda forma, os modelos de heterorresponsabilidade penal não atendem aos pressupostos básicos da culpabilidade no Direito penal e são insuficientes para formular um juízo de reprovação direcionado ao ente coletivo por um injusto próprio e que legitime a imposição de uma consequência jurídico-penal do delito.

Por essas razões, tais modelos são inapropriados para a criação de uma proposta dogmaticamente coerente para a responsabilização penal de entes coletivos.¹²⁷

3.2 OS MODELOS DE AUTORRESPONSABILIDADE PENAL

Os modelos de autorresponsabilidade, por sua vez, percorrem um caminho diverso, ou seja, tentam formular um modelo de responsabilidade tendo por base, sob o aspecto normativo, a ação ou omissão da própria pessoa jurídica, ou seja, de modo autônomo e desvinculado das pessoas físicas ou órgãos que a compõe.¹²⁸

¹²⁵ DETZEL, André Eduardo. **Alternativas para a Superação da Vedação Dogmática da Culpabilidade Penal da Pessoa Jurídica nos Modelos de Hetero e Autorresponsabilidade**. 2016. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2016. p. 54.

¹²⁶ Ibidem, p. 54.

¹²⁷ Nesse sentido, argumenta Bernardo José FEIJOO SÁNCHEZ ressaltando que “*para evitar la vulneración de principios básicos del Estado de Derecho se hace preciso desarrollar una teoría jurídica del delito o una teoría específica de imputación jurídico-penal de las personas jurídicas que parta de un axioma que forma parte del código genético de cualquier modalidad de responsabilidad penal: sólo es legítimo imponer una pena a alguien (persona física o no) con base en su propio injusto y su propia culpabilidad*”. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal*. In: BAJO FERNANDES, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. Madrid: Thompson-Civitas, 2012, p. 71.

¹²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas y Acciones en Derecho Penal**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 74.

A superação dos modelos de heterorresponsabilidade penal surge do fato de estes não conseguirem apontar soluções dogmaticamente satisfatórias para diversos casos, bem como no fato de violarem princípios estruturantes do Direito penal, em especial, o da culpabilidade.

De acordo com Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, esta nova abordagem teve a sua gênese no fato de os modelos de heterorresponsabilidade já abordados não conseguirem resolver casos em que não se identificava a pessoa física autora do delito em questão¹²⁹, o que gradativamente acabou corroendo o sistema vicarial.

Ademais, Alamiro Velludo SALVADOR NETTO complementa esta argumentação destacando que, no caso do sistema de identificação, não era possível imputar os delitos cometidos por aqueles empregados em posição subalterna, limitando-se apenas aos crimes praticados por altos dirigentes.¹³⁰

De todo modo, a doutrina passou a formular diversas concepções de modelos de autorresponsabilidade penal no intuito de autonomizar a conduta dos entes coletivos, o que permitiu o progressivo debate também sobre um modelo próprio de culpabilidade das pessoas jurídicas.

Diante disso, este trabalho não tem a pretensão de esgotar a análise dos modelos de autorresponsabilidade penal, mesmo porque a bibliografia nesse sentido é inabrangível, razão pela qual se procederá com a identificação das principais propostas, a fim de verificar se estas são capazes de formular uma pretensão de reprovação jurídico-penal direcionada às pessoas jurídicas por conta de um injusto próprio e que legitime a imposição de uma consequência jurídico-penal do delito.

Nesse sentido e a fim de sistematizar a análise, para fins didáticos¹³¹ será adotada a classificação feita por Alamiro Velludo SALVADOR NETTO que divide os modelos de autorresponsabilidade em: a) modelo de ato de conexão; b) modelo do defeito de organização como injusto culpável; e c) modelo do defeito de organização como injusto.¹³²

¹²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas y Acciones en Derecho Penal**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 74.

¹³⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 121.

¹³¹ Não se desconhece a existência de outras formas de classificação dos modelos de autorresponsabilidade penal, até mesmo mais completas do que a apresentada, especialmente aquelas que utilizam elementos da Teoria do Delito como critério de classificação. Entretanto, para fins didáticos, esta atende às necessidades deste trabalho.

¹³² Classificação semelhante a apresentada é adotada por Bernardo José FEIJOO SÁNCHEZ, quem classifica os modelos de autorresponsabilidade penal em: I) *el modelo del hecho de referencia o del hecho de conexión*; II) *la culpabilidad como defecto de organización plasmado em el hecho concreto*;

3.2.1 Modelos de Ato de Conexão

Os modelos de responsabilização penal de pessoas jurídicas formulados com base no “Ato de Conexão”, representam uma primeira transição entre as propostas de heterorresponsabilidade para as de autorresponsabilidade.¹³³

Apesar dos esforços empreendidos no sentido de se tentar separar a responsabilidade penal da pessoa física da pessoa jurídica, esta concepção de responsabilidade por ato de conexão é apontada, por vezes, como um modelo de autorresponsabilidade impuro.¹³⁴

Isso porque, apesar de não se atribuir automaticamente a ação delitiva praticada pela pessoa física ao ente moral, os modelos formulados com base no ato de conexão (ou “*hecho de referencia*”) continuam adotando a ação humana para a imputação da pessoa jurídica.¹³⁵

A diferença é que tal ação, agora, passa a ser visualizada sob o seu contexto social, ou seja, como algo que decorreu de um defeito na estrutura organizacional da pessoa jurídica. Nesse sentido, destaca SALVADOR NETTO:

“Para tanto, é preciso visualizar um enfoque normativo diferenciado sobre a ação humana tida como pressuposta para a responsabilização da pessoa jurídica. Tal ação deve ser vista sob o contexto social, de forma a significar uma ocorrência derivada da própria atividade empresarial, de sua conformação interna, de sua estrutura organizacional, posto que somente assim terá alguma legitimidade a utilização do sistema criminal e, em consequência disso, a imposição de uma pena ao ente coletivo. O desafio reside em atribuir, em imputar à empresa, um ato que possa ser verdadeiramente entendido como seu.”¹³⁶

Dessa forma, a ação da pessoa física nada mais seria do que um pressuposto para a imputação do ente coletivo, não sendo mais necessário

III) *el defecto de organización como injusto de la persona jurídica del que se tiene que hacer culpable a la propia persona jurídica*. “FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal*. In: BAJO FERNANDES, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. Madrid: Thompson-Civitas, 2012, p. 73 e ss.”

¹³³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 126.

¹³⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal*. In: BAJO FERNANDES, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. Madrid: Thompson-Civitas, 2012, p. 76.

¹³⁵ SALVADOR NETTO, op. cit., p. 130.

¹³⁶ Ibidem, p. 126-127.

identificar quem perpetrrou a conduta delitiva, mas sim visualizar que a estrutura organizacional da pessoa jurídica possibilitou a sua prática.¹³⁷

O principal modelo teórico proposto com base exclusivamente neste critério foi o de Klaus TIEDEMANN, que propõe o exame da culpabilidade no âmbito da responsabilização penal de entes coletivos a partir de um novo paradigma: o do Defeito ou Falha na Organização.

Assim sendo, o ilícito passa a ser atribuído à Pessoa Jurídica, pois esta se omitiu em adotar as medidas de prevenção necessárias para garantir o funcionamento da empresa em conformidade ao direito, havendo, neste contexto, uma violação ao dever de vigilância.¹³⁸

Em última análise, a empresa tem uma posição de garante sobre as ações e omissões de seus empregados, estando obrigada, em função desta situação, a ter uma organização correta, sob pena de responsabilizar-se criminalmente por esta falha ou defeito na organização.¹³⁹

Nesse sentido, SALVADOR NETTO aponta duas críticas quanto ao modelo proposto por Klaus TIEDEMANN.

A primeira ressalva que se faz é quanto ao fato de a responsabilidade penal da pessoa jurídica permanecer, neste modelo, ainda que de forma mediata, vinculada à ação da pessoa física, retornando assim à problemática derivada dos modelos de heterorresponsabilidade já apresentados.¹⁴⁰

A segunda crítica diz respeito à forma de aferição desta falha ou defeito de organização que, se levada ao limite, gera uma hipótese de responsabilidade penal objetiva, pois ao ocorrer o ato de conexão, este tem origem na culpabilidade organizacional traduzida no conceito de “Defeito ou Falha de Organização”.¹⁴¹

¹³⁷ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 127.

¹³⁸ TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico**: parte general y especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 181.

¹³⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidade penal de la empresa**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 150.

¹⁴⁰ SALVADOR NETTO, op. cit., p. 130. No mesmo sentido, aponta “GÓMEZ-JARA DÍEZ, op. cit., p. 160.”

¹⁴¹ SALVADOR NETTO, op. cit., p. 132. No mesmo sentido, aponta “GÓMEZ-JARA DÍEZ, op.cit., p. 153-154.”

Ou seja, presume-se que a ocorrência do ato de conexão é um reflexo de que ocorreu, de modo antecedente, uma falha ou defeito de organização da pessoa jurídica, razão pela qual esta também é reprovada.¹⁴²

Nesse sentido, aponta SALVADOR NETTO:

“Esta premissa, entretanto, leva a uma conclusão dogmaticamente complicada, pois, assim sendo, a empresa “não poderá isentar-se da sanção penal mediante a prova de organização suficiente”. Tratar-se-ia de uma responsabilidade pressuposta, objetiva, que não admite prova em contrário. Esta presunção iuris et de iure aproxima muito, em sua essência, este modelo ao rótulo de heterorresponsabilidade. A verificação da falha de organização transforma-se simplesmente em argumento retórico-dogmático, sem qualquer dimensão de aferição real. Assim, embora o fundamento teórico para a responsabilização da pessoa jurídica é a tal falha organizacional, o fundamento real nada mais é do que a simples atribuição da conduta delitiva praticada. Como dito, volta-se ao velho modelo de responsabilidade vicariante, apenas adicionada de certo requinte argumentativo.”¹⁴³

Ademais, FEIJOO SÁNCHEZ aponta que, nas versões mais atenuadas deste modelo de culpabilidade, a constatação de que a pessoa física agiu no interesse do ente coletivo faz com que exista uma presunção relativa e não absoluta de que a atuação delitiva individual represente uma organização defeituosa da Pessoa Jurídica.¹⁴⁴

Presunção essa que poderia ser revista quando a pessoa jurídica prova que se organizou corretamente, o que excluiria a sua culpabilidade.¹⁴⁵

Entretanto, essa presunção, além de não contribuir para a superação dos obstáculos dogmáticos apontados em face da responsabilização penal de entes coletivos, traz consigo uma série de dificuldades no âmbito processual, tendo em vista que o paradigma da Presunção de Inocência é substituído, na prática, por uma presunção de culpa.¹⁴⁶

¹⁴² Isso é tão sintomático no presente modelo que, conforme destaca GÓMEZ-JARA DÍEZ, não se admite sequer a alegação de causas de exculpação para a pessoa jurídica de tal forma que, ocorrendo o ato de conexão, surge, automaticamente, a culpabilidade pelo defeito da organização. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **La culpabilidad penal de la empresa**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 159.

¹⁴³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 132.

¹⁴⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal*. In: BAJO FERNANDES, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. Madrid: Thompson-Civitas, 2012, p. 75.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 76.

¹⁴⁶ SALVADOR NETTO, op. cit., p. 133.

Pelas razões apontadas, se diz que este modelo é impuro, pouco se distanciando dos modelos de heterorresponsabilidade já apresentados.

3.2.2 Modelos de Defeito da Organização como Injusto Culpável

Os modelos de autorresponsabilidade penal, que atribuem ao “defeito ou falha da organização” o entendimento de ser este o próprio injusto culpável, exprimem uma tentativa no sentido de se afastar da tese do “ato de conexão” através do refinamento do conceito de “defeito ou falha da organização”.¹⁴⁷

Um dos principais marcos teóricos desta perspectiva é aquele concebido por Adán NIETO MARTÍN, por meio do qual se considera o “defeito ou falha da organização” como um “déficit de autorregulação permanente”.¹⁴⁸

Assim sendo, a constatação de uma conduta criminosa praticada no contexto da pessoa jurídica apontaria como um indício de que há este déficit de autorregulação.¹⁴⁹

Portanto, para Adán NIETO MARTÍN – e também para Carlos GOMÉZ-JARA DÍEZ, conforme tratado no próximo tópico – a ocorrência de um delito cometido pela pessoa física vinculada a determinada pessoa jurídica consistiria em uma condição objetiva de punibilidade desta e não no fundamento da imputação atribuída ao ente moral.¹⁵⁰ Ou seja, a pessoa jurídica não é responsabilizada exclusivamente em função da conduta delitiva perpetrada pela pessoa natural, mas sim por haver um déficit de autorregulação permanente que permite a prática de ilícitos penais.

Nesse sentido e a fim de não tornar a responsabilidade penal dos entes coletivos algo automático a partir da constatação da ocorrência do injusto, o referido autor destaca que a adoção de programas eficazes de controle, prevenção e investigação de delitos – *compliance programs* – demonstraria, por parte da Pessoa Jurídica, o cumprimento do seu dever de autorregulação permanente, eximindo-a de responsabilização na seara criminal.¹⁵¹

¹⁴⁷ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 134.

¹⁴⁸ NIETO MARTÍN, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. **Nueva doctrina penal**, Argentina, n. 1, 2008, p. 125-159, semestral, p. 143.

¹⁴⁹ SALVADOR NETTO, op. cit., p. 134.

¹⁵⁰ NIETO MARTÍN, op. cit., p. 143-144.

¹⁵¹ Ibidem, p. 144.

Conforme destaca FEIJOO SÁNCHEZ, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas passa a ser um recurso para alcançar um objetivo de interesse público que consiste na adoção de programas eficazes para prevenção e descoberta de delitos cometidos pelas pessoas naturais no contexto das organizações.¹⁵²

Entretanto, considerando-se este objetivo, não se estaria diante de um genuíno modelo de responsabilidade por um ilícito próprio da pessoa jurídica, mas sim de uma proposta de atribuição de responsabilidade derivada da conduta delitiva da pessoa física.¹⁵³

Nesse sentido, a crítica mais contundente feita a este modelo reside no fato de que Adán NIETO MARTÍN opera uma verdadeira fusão entre os conceitos de injusto e culpabilidade ao centralizar a imputação da pessoa jurídica no elemento normativo “déficit de autorregulação permanente”.¹⁵⁴

Esta postura rompe com o conceito analítico tripartido de delito e tenta formular uma concepção própria de crime para o ente coletivo, sendo que, de acordo com SALVADOR NETTO, seria preferível tal posicionamento do que tentar forçar uma compatibilidade entre os conteúdos e critérios da imputação penal das pessoas físicas às pessoas jurídicas.¹⁵⁵

Entretanto, isso não se sustenta.

Os avanços da teoria do delito não podem ser vistos como meras elucubrações teóricas incompatíveis com a pessoa jurídica a ponto de justificar a fusão de conceitos que cumprem funções dogmáticas bastante distintas.

Tanto as pretensões de relevância e de ilicitude, quanto a de reprovação, são etapas do processo de atribuição de responsabilidade penal ao autor, dotadas de garantias que lhes são inerentes.

A pretensão de relevância tem por objeto afirmar que a ação realizada é uma daquelas que interessa ao Direito penal.¹⁵⁶ Para isso, verifica-se se a ação

¹⁵² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal*. In: BAJO FERNANDES, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. Madrid: Thompson-Civitas, 2012, p. 79.

¹⁵³ “No se trata, en última instancia, de que la persona jurídica delinca o no, sino de que las empresas asuman tareas públicas y se pongan del lado del Estado en la tarea de evitar hechos delictivos (*global governance*)”. Ibidem, p. 79.

¹⁵⁴ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 136.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 136-137.

¹⁵⁶ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011. p. 491.

realizada pode ser entendida conforme um tipo de ação definido em lei. Sendo isso verdadeiro, passa-se a analisar se há ofensividade na ação realizada, de modo que somente são relevantes para o Direito penal as ações que lesionam ou põem em perigo bens juridicamente protegidos.¹⁵⁷

A pretensão de ilicitude tem a finalidade verificar se a ação praticada consistiu na realização daquilo que a norma proíbe. Ou seja, verifica-se se a ação tipicamente relevante ocorreu com dolo ou imprudência (pretensão subjetiva da ilicitude) e analisa se não estava presente alguma norma permissiva que aprovasse ou autorizasse o comportamento do agente – pretensão objetiva da ilicitude.¹⁵⁸

A pretensão de reprovação, por sua vez, recai sobre o autor que realizou uma ação ilícita, muito embora fosse juridicamente exigível ter atuado de outro modo. Ainda, para ser reprovado juridicamente, é necessário que o autor demonstre ser imputável e tenha agido com conhecimento, ainda que potencial, da ilicitude de sua ação¹⁵⁹.

Portanto, verifica-se que as pretensões acima relacionadas exercem funções diversas frente a ocorrência de um delito e servem para assegurar garantias consagradas pelo Estado Democrático e Social de Direito quando no exercício da potestade punitiva.

Nesse sentido, destaca-se que a formulação de modelos de responsabilidade penal para pessoas jurídicas não pode passar de modo alheio às garantias e avanços oriundos da teoria do delito para as pessoas físicas.¹⁶⁰

Desse modo, a concepção de Adán NIETO MARTÍN, ao fundir o injusto e a culpabilidade no elemento “déficit de autorregulação permanente” conduz à inevitável conclusão de que o delito da empresa seria sempre o mesmo, qual seja, o de apresentar um defeito ou falha na sua organização.¹⁶¹

¹⁵⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011. p. 491.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 492-493.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 494.

¹⁶⁰ ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel. **La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones**: presupuestos sustantivos y procesales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 137-138.

¹⁶¹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010. **Cuadernos de Política Criminal**, España, v. 101, n. II, p. 5-34, 2010, p. 18-19.

No mesmo sentido assevera CARBONELL MATEU, destacando que o delito cometido e atribuível a pessoa jurídica será sempre o de não ter se organizado corretamente, consistindo isso no único objeto de reprovação jurídica.¹⁶²

Logo, não se imputaria a pessoa jurídica um delito fiscal ou o fato de ela ter provocado danos ao meio ambiente, mas simplesmente o fato de não ter se organizado de modo a evitar a ocorrência do delito cometido pela pessoa física.

Isso faz com que não haja um juízo individualizado de reprovação do injusto da pessoa jurídica, tampouco é razoável puni-la simplesmente por não ter se organizado bem.

Isso, por si só, nada quer dizer, visto que o simples defeito da organização não viola nenhum bem jurídico tutelado pelo Direito penal. Pior, resultaria em uma péssima técnica de tipificação, na medida que tal delito culminaria como um autêntico Direito penal de autor com relação à pessoa jurídica, pois não se atribui uma pena ao ente moral por este ter praticado uma ação ou omissão em sentido jurídico-penal, mas sim devido à um estado de organização interna.¹⁶³

Logo, tal concepção, fundamenta a responsabilidade penal do ente coletivo com base em uma espécie de culpabilidade *ex ante* e não com relação à prática do injusto penal, o que definitivamente não atende ao Princípio da Culpabilidade.

Dessa forma, tal modelo não serve como ponto de partida para uma verdadeira responsabilização dos entes coletivos, visto que não consegue individualizar o injusto como sendo próprio da pessoa jurídica e tampouco se sustenta sob o viés político-criminal.

3.2.3 Modelos de Defeito da Organização como Injusto

¹⁶² CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010. **Cuadernos de Política Criminal**, España, v. 101, n. II, p. 5-34, 2010, p. 19.

¹⁶³ Nesse sentido, sob o aspecto prático, este modelo de autorresponsabilidade, muito embora tenha a importante função de tentar incentivar que as pessoas jurídicas se organizem em conformidade com o direito, somente favoreceria, em última análise, as empresas que possuem condições econômicas suficientes para instituir programas de *compliance*. Isso seria incoerente, inclusive, sob o aspecto da política criminal, visto que, via de regra, são as grandes corporações que têm maior potencial para perpetrar condutas ilícitas de modo a atingir bens transindividuais. Pior, a estas empresas, notoriamente de maior poderio econômico, estar-se-ia autorizando, por meio da via do *compliance*, uma porta aberta para a impunidade. Com relação à utilização de programas de *compliance*, a temática transcende ao escopo deste trabalho, razão pela qual sugere-se a leitura da obra: GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

Os modelos de autorresponsabilidade que tratam do defeito da organização como elemento do injusto da pessoa jurídica consistem na forma mais extremada de distanciamento da heterorresponsabilidade penal.¹⁶⁴

Nesse sentido, a principal concepção desta proposta foi formulada por Carlos GOMÉZ-JARA DÍEZ, que propõe uma mudança no paradigma filosófico-social para a construção de um modelo de autorresponsabilidade penal autêntico das pessoas jurídicas, sendo o ponto de partida consistente no construtivismo operativo de Gunther Teubner, corrente epistemológica da teoria dos sistemas sociais autopoieticos de Niklas Luhmann.¹⁶⁵

Nesse sentido, o autor aponta que o sistema empresarial, assim como o ser humano e o direito, todos dotados de autorreferencialidade, se reproduzem autopoieticamente, ou seja, reproduz a si mesmo por seus próprios produtos:

“Assim, o ser humano é um sistema psíquico que se reproduz com base na consciência; a organização empresarial é um sistema social organizativo que se reproduz sobre a base de decisões, e o direito é um sistema social funcional cuja reprodução ocorre pela mão de comunicações legais.”¹⁶⁶

Esta é uma importante premissa, visto que, com base nela, é que se pretende afirmar que tal modelo de responsabilidade penal se desvencilharia do modelo de “ato de conexão”, situação essa que será melhor enfrentada ao final do presente tópico.

Outro ponto de partida adotado pela presente teoria é o da cidadania empresarial (“*Corporate Citizenship*”), que dá origem a noção de cidadão corporativo fiel ao direito, ideia essa fundamental para se compreender, posteriormente, a culpabilidade empresarial apresentada por este modelo.¹⁶⁷

¹⁶⁴ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 139.

¹⁶⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Fundamentos Modernos de la Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas**. Bases Teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2010. p. 13.

¹⁶⁶ Texto original: “*Así, el ser humano es un sistema psíquico que se reproduce con base en la conciencia; la organización empresarial es un sistema social organizativo que se reproduce sobre la base de decisiones, y el derecho es un sistema social funcional cuya reproducción tiene lugar de la mano de comunicaciones jurídicas*”. Ibidem, p. 16.

¹⁶⁷ O conceito de cidadão corporativo fiel ao direito possui duas vertentes: a formal e a material. Na vertente formal, o conceito faz referência à empresa que tem o dever de institucionalizar uma cultura empresarial de fidelidade ao direito e, na acepção material, o conceito confere uma dimensão de cidadania às empresas por participarem dos assuntos públicos enquanto membros ativos das sociedades modernas, participando, juntamente com as pessoas físicas, da produção da vigência das normas que compõem o ordenamento jurídico. Assim sendo, a vertente formal do conceito é importante para a compreensão da dimensão da culpabilidade dos entes coletivos, a qual está

Estabelecidas as premissas teóricas do presente modelo, Carlos GOMÉZ-JARA DÍEZ, ao compatibilizar a imputação das pessoas jurídicas a partir das categorias da Teoria do Delito concebidas para as pessoas físicas, pretende fazer a imputação penal dirigida aos entes coletivos funcionalmente equivalente àquela para as pessoas naturais.

A ideia de se trabalhar com equivalentes funcionais é própria do construtivismo operativo e permeia toda a modelagem da teoria de Carlos GOMÉZ-JARA DÍEZ.

Nesse sentido, para superar as críticas feitas acerca da incapacidade de ação das pessoas jurídicas, GOMÉZ-JARA DÍEZ, entende que, no âmbito dos entes coletivos, essa categoria poderia ser substituída pela capacidade de organização, visto que o sistema organizativo empresarial desenvolve, com o tempo, capacidade de auto-organização, autodeterminação e autocondução, sendo assim, inevitável atribuir-lhe uma certa competência acerca do seu âmbito de organização.¹⁶⁸

Destaca o autor:

“Em definitivo, desde uma perspectiva tradicional do delito, é possível afirmar que a capacidade de ação é, assim, substituída por uma capacidade de organização, de tal maneira que, embora seja difícil afirmar que uma empresa atue por si mesma, estas dificuldades desaparecem consideravelmente quando se sustenta que, atingido determinado nível de complexidade interna, a empresa começa a se organizar a si própria, a se auto-organizar.”¹⁶⁹

Desse modo, a partir do conceito de capacidade de organização, Carlos GOMÉZ-JARA DÍEZ estabelece que somente poderiam ser penalmente responsáveis as empresas que atingissem certo grau de complexidade interna.

Ou seja, tal como ocorre com relação aos indivíduos, nem todas as empresas são dotadas de imputabilidade jurídico-penal (capacidade de

alocada, neste modelo, na ideia de cultura empresarial, ao passo que a vertente material, por sua vez, confere legitimidade à aplicação das sanções penais nos entes coletivos, visto que estes participaram da produção da vigência da norma. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Fundamentos Modernos de la Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas**. Bases Teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2010, p. 18-26.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 32.

¹⁶⁹ Texto original: “En definitiva, desde una perspectiva tradicional del delito, puede afirmarse que la capacidad de acción se ve así sustituida por una capacidad de organización, de tal manera que, si bien resulta complicado afirmar que una empresa actúa por sí misma, dichas dificultades desaparecen considerablemente cuando se sostiene que, llegado determinado nivel de complejidad interna, la empresa comienza a organizarse a sí misma, a autoorganizarse”. Ibidem, p. 32-33.

culpabilidade). Assim, o desenvolvimento de uma certa complexidade interna passa a ser um pressuposto para o desenvolvimento da autorreferencialidade necessária para permitir a autodeterminação do próprio sistema com relação ao seu entorno¹⁷⁰, o que, neste modelo, é fundamental para o surgimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Quanto à culpabilidade, o modelo construtivista, reconhecendo o desafio que é compatibilizar este conceito com a responsabilidade penal de pessoas jurídicas, inaugura um conceito de culpabilidade empresarial¹⁷¹ com a pretensão de este ser funcionalmente equivalente ao da culpabilidade individual, a partir da ideia de cidadão corporativo fiel ao direito.

Para isso, Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ faz uso de três equivalente funcionais aos da culpabilidade individual para a formulação da culpabilidade empresarial.

O primeiro, diz respeito à fidelidade ao direito como condição para a vigência da norma, por meio do qual a não institucionalização de uma cultura empresarial de fidelidade ao direito representaria uma manifestação da culpabilidade jurídico-penal empresarial.¹⁷²

O segundo trata-se do sinalagma básico do Direito penal empresarial consistente na liberdade de auto-organização *versus* a responsabilidade pelas consequências da atividade empresarial. Ou seja, a Pessoa Jurídica, tal como o indivíduo, tem a obrigação de manter a sua auto-organização dentro dos limites do risco permitido pelo direito, sob pena de responsabilizar-se pelas consequências negativas advindas do mau uso desta liberdade.¹⁷³

O terceiro equivalente funcional, por sua vez, visa conferir a legitimidade necessária para a imposição de respostas penais às pessoas jurídicas, uma vez que se reconhece que estas participam da produção comum de sentido da norma jurídica através da liberdade de expressão e da participação dos entes morais nos processos de criação e definição das normas sociais.¹⁷⁴

¹⁷⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Fundamentos Modernos de la Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas**. Bases Teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2010, p. 37-38.

¹⁷¹ Este conceito trata-se de uma verdadeira reprovação ética da Pessoa Jurídica com base em uma ideia de ética empresarial, conforme destacado em: "CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010. **Cuadernos de Política Criminal**, España, v. 101, n. II, p. 5-34, 2010, p. 21-22."

¹⁷² GÓMEZ-JARA DÍEZ, op. cit., p. 43-44.

¹⁷³ Ibidem, p. 44-45.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 45-46.

Com isso, percebe-se que a noção de culpabilidade para este modelo está relacionada com uma ideia de cultura empresarial, sendo a pretensão de reprovação individual da pessoa jurídica reduzida à existência ou não de uma cultura empresarial de fidelidade ao direito.¹⁷⁵

Nesse sentido, o modelo construtivista admite a alegação de causas excludentes da culpabilidade empresarial¹⁷⁶, notadamente por meio da adoção de programas de *Compliance*¹⁷⁷ anteriores e efetivos.¹⁷⁸

Desse modo, a ideia de defeito na organização, diferentemente dos modelos anteriormente apresentados, não pertence mais ao âmbito da pretensão de reprovação (culpabilidade), estando vinculada ao injusto empresarial, que consiste no “diagnóstico de possuir uma organização interna que não é capaz de suprimir os riscos proibidos gerados no tocante à comissão de delitos”¹⁷⁹.

¹⁷⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La Culpabilidad de la Persona Jurídica*. In: BAJO FERNANDES, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. Madrid: Thompson-Civitas, 2012, p. 172.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 173-174.

¹⁷⁷ BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy. Crítica ao modelo construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 5, n. 9, p. 169-171, jul./dez. 2013.

¹⁷⁸ Para GÓMEZ-JARA DÍEZ, a simples ocorrência de um “*hecho de conexión*” não representa, automaticamente, que a Pessoa Jurídica realizou o injusto empresarial consistente na falha ou defeito da organização. Desse modo, ao estabelecer que programas de *compliance* anteriores e efetivos podem levar a exclusão da culpabilidade empresarial, referido autor apresenta 9 (nove) diretrizes orientadoras sobre a eficácia destes programas, a saber: “1º – *esfuerzos frecuentes por parte de los directivos para expresar su firma adhesión al cumplimiento de la legalidad*; 2º – *evaluaciones periódicas de las infracciones que se han detectado a través del programa de cumplimiento, incluyendo los análisis de las correspondientes investigaciones, las medidas de disciplina interna que se han adoptado, las relevaciones a las autoridades estatales, y las reformas adoptadas como respuesta a la detección*; 3º – *la asignación de personal a las tareas de compliance (análisis e investigación) que han tenido una formación adecuada y recursos necesarios para llevar a cabo dichas tareas de manera precisa y concienzuda*; 4º – *la inclusión en el programa de cumplimiento de un sistema de denuncias internas que se haya publicitado extraordinariamente (previendo como ombudsman a un director ejecutivo de alto nivel) con mecanismos que eviten cualquier tipo de represalia al denunciante*; 5º – *archivos con una descripción amplia de las auditorías e investigaciones que se han llevado a cabo como consecuencia del programa y qué parte de la empresa ha sido revisada*; 6º – *aquellas características del programa de cumplimiento que exceden los recursos de las autoridades, de tal manera que se refleja la firme decisión de la empresa en cumplir con la legalidad más allá de un mero afán de ir por delante de las referidas autoridades*; 7º – *estudios para determinar las causas o motivos de las infracciones que se hayan cometido pese a los esfuerzos de la compañía, y cómo se podrían mejorar dichos esfuerzos en el futuro*; 8º – *la ausencia de patrones reiterados de comisión de infracciones por parte de empleados, directivos y terceros*; 9º – *respuestas sustanciales por parte de la empresa (tanto de investigación como de indemnización) frente a los reportes de infracción por parte de chivatos y otros*”. GÓMEZ-JARA DÍEZ, op. cit., p. 177-178.

¹⁷⁹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 144.

3.2.3.1 Críticas ao Modelo Construtivista de Autorresponsabilidade Penal da Pessoa Jurídica

Apesar da sofisticada construção deste modelo de autorresponsabilidade, o ato de conexão não desaparece totalmente de cena, conforme assevera SALVADOR NETTO, pois este, apesar de não ser um fundamento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, continua sendo um pressuposto de imputação, “exigindo-se que a pessoa física atuante seja representante da pessoa jurídica e, ademais, tenha agido em seu benefício”.¹⁸⁰

No mesmo sentido ressalta BUSATO, ao destacar que muito embora este modelo abandone a ideia de ação em favor da ideia de organização, a fim de pôr termo ao problema da imputação por conduta alheia, se recorre ao artifício teórico do ato de conexão para associar a conduta da pessoa física à pessoa jurídica.¹⁸¹

Portanto, a conduta delitiva praticada por uma pessoa física (“*el hecho de conexión*”), que serve para atribuir responsabilidade à pessoa jurídica, continua sendo uma condição para a imputação do delito ao ente moral, na medida que esta representa um *input* disfuncional, ao qual o sistema responde com uma reprovação ou da pessoa jurídica e/ou da pessoa natural.¹⁸²

Dessa forma, se levado ao limite, a concepção construtivista não se desvencilha das críticas feitas aos modelos de heterorresponsabilidade.

Ademais, BUSATO e REINALDET apontam críticas contundentes, sob o ponto de vista da dogmática penal, que acometem a concepção construtivista de autorresponsabilidade penal do ente moral.¹⁸³

Em primeiro lugar, destaca-se o alinhamento ao funcionalismo sistêmico de JAKOBS aplicado às Pessoas Jurídicas, por meio da proposta de GÓMEZ-JARA DÍEZ, que estabelece, tal como ocorre com as pessoas naturais¹⁸⁴, dois pesos e

¹⁸⁰ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 143.

¹⁸¹ BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 88.

¹⁸² Ibidem. p. 86-87.

¹⁸³ BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy. Crítica ao modelo construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 5, n. 9, p. 167-182, jul./dez. 2013.

¹⁸⁴ O funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, ao retirar a preocupação com o ser humano do centro do sistema de imputação, fez com que o Direito Penal se bipartisse no que tange às garantias do cidadão contra o exercício da potestade punitiva em duas classes: direito penal do cidadão e direito penal do inimigo, este último com ampla intervenção do Estado e sem garantia alguma. BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 229-233.

duas medidas com relação às garantias inerentes ao exercício da potestade punitiva.¹⁸⁵

Diante disso, às empresas que têm um sistema de *compliance* instituído se aplicaria um Direito penal diferente em relação àquelas que não o instituíram, desconsiderando por completo as diferenças estruturais entre as organizações de pequeno porte e aquelas de grande porte.¹⁸⁶

Razão pela qual todas as críticas feitas ao funcionalismo sistêmico com relação a sua aplicação no âmbito das pessoas naturais, também encontram amparo no que diz respeito às pessoas jurídicas.¹⁸⁷

Em segundo lugar, o modelo construtivista realiza uma importação desautorizada do tipo de injusto imprudente para a seara da culpabilidade, o que implica em um retrocesso em direção ao conceito de culpabilidade próprio do causal-naturalismo, visto que o juízo de reprovação recai sobre a omissão de um dever de cuidado¹⁸⁸ operando, em última análise, a fusão entre o injusto e a culpabilidade¹⁸⁹, tal como ocorre na formulação de NIETO MARTÍN.

E, por último, BUSATO e REINALDET apontam dificuldades de ordem prática com relação adoção do modelo construtivista de autorresponsabilidade, visto que é bastante temerário que um magistrado criminal, notadamente sem formação técnica nas áreas de administração ou economia, realize um juízo de valor sobre a estrutura do ente moral e sobre eventual efetividade de um programa de *compliance*.¹⁹⁰

Ainda, mesmo que isso por si só não fosse um problema, considerar a adoção de programas de *compliance* como uma excludente de culpabilidade abriria

¹⁸⁵ BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy. Crítica ao modelo construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 5, n. 9, p. 167-182, jul./dez. 2013, p. 174-175.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 175.

¹⁸⁷ Nesse sentido, sugere-se a leitura de: BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral** 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 468-469; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011. p. 450-454; e BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 229-233.

¹⁸⁸ Para Carlos GÓMEZ JARA-DÍEZ, a omissão deste dever de cuidado consiste, basicamente, no fato de a pessoa jurídica não ter se organizado conforme o Direito, o que, em última análise, para o referido autor, se traduz na instituição ou não de um programa de *compliance* prévio e efetivo. Cf. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La Culpabilidad de la Persona Jurídica*. In: BAJO FERNANDES, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. Madrid: Thompson-Civitas, 2012, p. 174-176.

¹⁸⁹ BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy. op. cit., p. 176-177. No mesmo sentido, dispõe “GALÁN MUÑOZ, Alfonso. **Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 210.”

¹⁹⁰ BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy. op. cit., p. 178-179.

uma porta para a impunidade dos entes morais, especialmente daqueles de maior porte econômico.¹⁹¹

Ademais, SALVADOR NETTO também critica o presente modelo especialmente diante das dificuldades práticas que a sua adoção pode levar.¹⁹²

Destaca que é muito difícil de saber efetivamente no que consiste o conteúdo de um programa eficaz de prevenção e controle de riscos empresariais, visto que na seara empresarial, inserida num contexto de precaução, há uma dificuldade enorme em se definir os padrões de comportamento que permitam, normativamente, ao ente coletivo exercer suas atividades dentro dos limites do risco permitido.¹⁹³

Crítica similar é apontada no que diz respeito à cultura empresarial e sua dificuldade de estabelecer elementos característicos dessa cultura.¹⁹⁴

Por fim, SALVADOR NETTO atribui ao modelo construtivista a mesma crítica feita à concepção proposta por Adán NIETO MARTÍN, ou seja, ao se considerar o “defeito ou falha da organização” como elemento do injusto, a pessoa jurídica não é imputada diante da ofensa de um bem jurídico específico, mas sim por não ter se organizado adequadamente¹⁹⁵, cabendo aqui a mesma crítica construída no tópico anterior ao qual remeto o leitor.

3.2.4 Em busca de um verdadeiro modelo de autorresponsabilidade

A partir das propostas apresentadas, percebe-se que não existe, atualmente, um modelo de autorresponsabilidade penal de pessoas jurídicas realmente puro e que isole completamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica daquela da pessoa física.

Em maior ou menor medida, todos estes modelos acabam de alguma maneira fazendo referência ao “ato de conexão” que é perpetrado pela pessoa física atuando no contexto do ente moral, reprovando-se, assim, a pessoa jurídica não porque houve um defeito na sua organização ou porque esta praticou o injusto, mas

¹⁹¹ BUSATO, Paulo César; REINALDET, Tracy. Crítica ao modelo construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 5, n. 9, p. 167-182, jul./dez. 2013, p. 179.

¹⁹² SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 146.

¹⁹³ Ibidem, p. 146.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 147.

¹⁹⁵ Ibidem, p. 147-148.

sim porque somada à ocorrência do ato de conexão perpetrado pela pessoa física, houve uma omissão em se auto-organizar de acordo com o direito.¹⁹⁶

Isso sempre acaba gerando uma transposição artificial da responsabilidade da pessoa física à pessoa jurídica, violando um dos pressupostos mais básicos do Princípio da Culpabilidade, qual seja, o da responsabilidade individualizada, própria e subjetiva.¹⁹⁷

Nesse sentido, BUSATO destaca que um verdadeiro modelo de autorresponsabilidade depende da presença concomitante de duas condicionantes: i) que a conduta imputada à pessoa jurídica seja realizada por ela mesma e que esta corresponda a um resultado antijurídico; e ii) que tanto o desvalor da ação como o desvalor do resultado sejam produzidos sob a culpabilidade da própria pessoa jurídica, ou seja, que se possa ser imputado a ela sua própria ação e sua própria contribuição individual e subjetiva para a ocorrência do delito.¹⁹⁸

Apesar de este ser um exercício dogmático bastante difícil e com resultados incertos, parece que somente através de uma mudança de paradigma de base é que se poderá superar as inconsistências dogmáticas dos modelos de autorresponsabilidade analisados.

Nessa perspectiva, BUSATO recomenda a adoção do paradigma da Filosofia da Linguagem de Wittgenstein aplicado ao Direito penal, resultante dos trabalhos de Tomás Salvador Vives Antón, como ponto de partida para a construção de um verdadeiro modelo de autorresponsabilidade da pessoa jurídica.¹⁹⁹

No mesmo sentido conclui Juan Carlos CARBONELL MATEU, ao destacar que a concepção significativa da ação, formulada por VIVES ANTÓN, permite, de modo coerente, dotar de uma roupagem teórica e dogmática a necessidade político-criminal de se responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas.²⁰⁰

¹⁹⁶ BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 88.

¹⁹⁷ Cf. BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 87-88; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal: Parte General**. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 102-104; BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral** 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 64-65.

¹⁹⁸ BUSATO, Paulo César. op. cit., p. 102.

¹⁹⁹ A argumentação desenvolvida acerca da aplicabilidade da Teoria da Ação Significativa às Pessoas jurídicas foi explorada no texto "BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 89-102."

²⁰⁰ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010. **Cuadernos de Política Criminal**, España, v. 101, n. II, p. 5-34, 2010, p. 26-27.

Isso porque, ao liberar os conceitos de ação e culpabilidade de seu suporte no plano físico, tal teoria permitiria a superação dos obstáculos tradicionais de atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, sem precisar recorrer a nenhum tipo de construção que provoque bipartições no Direito penal.²⁰¹

Portanto, conclui-se que ao se assumir a presença de um novo sujeito ativo dentro do Direito penal (no caso, a pessoa jurídica), isso não pode supor a desconstrução das categorias do sistema penal que foram elaboradas para a determinação da responsabilidade penal das pessoas físicas, mas sim que é necessário fazer um exercício de compatibilização da sua dogmática com a responsabilização de entes coletivos, obedecendo aos *standards* mínimos de um Direito penal democrático.²⁰²

3.3 A ESTRUTURA DA CULPABILIDADE JURÍDICO-PENAL E SUA INCOMPATIBILIDADE COM A NATUREZA IMATERIAL DA PESSOA JURÍDICA: UM PROBLEMA IMPORTADO DAS PESSOAS NATURAIS

Após a explicação acerca das principais fórmulas de imputação de responsabilidade penal às Pessoas Jurídicas, este tópico aprofundará as razões pelas quais é tão difícil compatibilizar a estrutura da culpabilidade jurídico-penal com os entes coletivos.

Não é novidade que a culpabilidade apresenta problemas difíceis de serem superados no âmbito das Pessoas Jurídicas, visto que os intentos até hoje realizados esbarraram em três tipos de impedimentos, conforme destaca BUSATO: I) ou instituem modelos de culpabilidade por fato alheio – especialmente nos modelos de heterorresponsabilidade – visto não se desvincularem da pessoa natural no que diz respeito à imputação do delito, o que viola o Princípio da Culpabilidade em suas múltiplas facetas; II) ou adotam equivalentes funcionais que geram bipartições do Direito penal, tal como ocorre nos modelos chamados de autorresponsabilidade, especialmente o construtivista; III) ou acolhem teorias de

²⁰¹ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010. **Cuadernos de Política Criminal**, España, v. 101, n. II, p. 5-34, 2010, p. 26-27.

²⁰² ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel. **La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones**: presupuestos sustantivos y procesales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 137-138.

base pouco garantistas, a exemplo da formulação construtivista de responsabilidade penal da pessoa jurídica que adota, por base, o funcionalismo sistêmico.²⁰³

Como visto, os sistemas de heterorresponsabilidade, ao trasladarem o injusto da pessoa física ou de um órgão interno para pessoa jurídica, cometem um pecado já na sua gênese que resulta em um verdadeiro modelo de responsabilidade por culpabilidade alheia.

Isso porque, considerando que não há um juízo individualizado de reprovação do ente moral em relação ao injusto por ele perpetrado, uma vez que se utiliza ou da pessoa física²⁰⁴ ou de um órgão interno²⁰⁵ para preencher todos os elementos da teoria do delito, cria-se, no mais das vezes, parâmetros objetivos para imputação da pessoa jurídica que não dizem respeito a uma conduta por ela praticada.

Por sua vez, nos sistemas de autorresponsabilidade penal, recorre-se a fórmulas distintas que tentam viabilizar um juízo de reprovação genuinamente da pessoa jurídica.

Entretanto, ao fazer referência ao ato de conexão, estes modelos perdem a sua legitimidade frente as exigências da moderna dogmática penal, especialmente aquelas que dizem respeito ao Princípio da Culpabilidade.

De todo modo, estas dificuldades apresentadas têm, em maior ou menor medida, relação com a difícil compatibilização do conteúdo da culpabilidade jurídico-penal das pessoas jurídicas e a natureza imaterial do ente coletivo²⁰⁶, visto que a culpabilidade, tal como estruturada na Teoria do Delitivo, pressupõe a existência de um aparelho psíquico no agente.

²⁰³ BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo código penal Brasileiro. **Revista Liberdades**, Edição Especial, Reforma do Código Penal. São Paulo, p. 98-125, set. 2012. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/13/artigo4.pdf>. Acessado em 04 de abril de 2019. p. 119.

²⁰⁴Conforme proposta de culpabilidade detalhada por: CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica*. In: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 15, p. 03:1-03:25, mar. 2013. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-03.pdf>>. Acessado em 02 de setembro de 2019.

²⁰⁵Conforme proposta de culpabilidade por não evitação das falhas organizativas da pessoa jurídica concebida por: HIRSCH, Hans Joachim. *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*. Trad. de Patricia S. Ziffer. In: **Anuário de Derecho Penal y Ciencia Penales**. Tomo 46. n. 3. Madrid: Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, setembro/diciembre, 1993. p. 1122-1123. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46441>>. Acessado em 02 de setembro de 2019.

²⁰⁶ REINALDET, Tracy. *Questões Francesas sobre a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas**: Seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 124-125.

Isso porque, para que alguém possa ser penalmente responsabilizado, são necessárias determinadas aptidões pessoais do autor do delito²⁰⁷: I) que o agente seja capaz de compreender suas condutas e valorá-las, de modo a distinguir, com clareza, entre o permitido e o proibido pelo ordenamento jurídico (imputabilidade ou capacidade de culpabilidade); II) e que atue tendo o conhecimento, ainda que potencial, de que existe uma norma proibitiva que incide sobre a conduta por ele realizada (potencial consciência da ilicitude).²⁰⁸

Nesse sentido, a menos que se faça uso de equivalentes funcionais, tal como na Teoria Construtivista da Culpabilidade Empresarial, é muito difícil afirmar que a corporação possui uma estrutura mental apta a distinguir o permitido do proibido, bem como afirmar que havia, ainda que de modo potencial, o conhecimento acerca do caráter ilícito do seu comportamento.²⁰⁹

Isso é incompatível com a natureza imaterial da pessoa jurídica, visto que tais aptidões, que compõem o conceito formal de culpabilidade, têm por base fundamentos biológicos e psicológicos, os quais a Pessoa Jurídica não é capaz de reunir.²¹⁰

Ainda, de nada adiantaria reunir estas aptidões se a sua vontade não fosse tecnicamente livre na origem do seu comportamento.²¹¹

Assim, caberia perquirir a partir de quais pressupostos é possível afirmar que determinado comportamento da pessoa jurídica foi efetivamente livre, sendo que os modelos de heterorresponsabilidade e de autorresponsabilidade, baseados no “*hecho de referencia*”, não são capazes de oferecer uma resposta satisfatória quanto ao conceito material de culpabilidade, conforme já detalhado neste trabalho.

Dessa forma, percebe-se que a partir dos modelos de responsabilidade penal da pessoa jurídica apresentados, as dificuldades atinentes à dogmática da culpabilidade, quando não recorrem ao uso de fórmulas que gerem bipartições do

²⁰⁷ Conforme anteriormente explicado, a inexigibilidade de conduta diversa não é um elemento individualizante da responsabilidade penal do agente, razão pela qual não será trabalhado como um problema da culpabilidade neste trabalho, cf. MAURACH, Reinhard. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona: Ariel, 1962, v. II, p. 29.

²⁰⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 534.

²⁰⁹ REINALDET, Tracy. *Questões Francesas sobre a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas**: Seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 126.

²¹⁰ Ibidem, p. 125.

²¹¹ Ibidem, p. 124.

Direito penal, decorrem de problemas importados das pessoas naturais e, especialmente, das teorias de base utilizadas para a sua formulação.

Assim sendo, um bom ponto de partida, conforme assevera BUSATO, é a utilização da Teoria da Ação Significativa, a qual, baseada no paradigma da Filosofia da Linguagem, parece ter grande potencial para construir um modelo de responsabilidade penal para pessoas jurídicas que garanta os *standards* mínimos do Direito penal no Estado Democrático e Social de Direito, e que, ao mesmo tempo, atenda as exigências dogmáticas da teoria do delito.²¹²

3.4 TOMADA DE POSIÇÃO

O presente capítulo deste trabalho teve por objetivo apresentar, ainda que de modo sucinto, alguns modelos de atribuição de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, apontando, em cada qual, as razões pelas quais são insatisfatórios para a aplicação de respostas penais, sob a ótica da moderna dogmática penal.

Nesse quesito, verificou-se que nenhum deles é capaz de formular um juízo de reprovação individual e próprio da pessoa jurídica, pois todos, em maior ou menor medida, recorrem à pessoa física quando fazem alusão ao “*hecho de referencia*”, conforme já detalhado.

Ademais, destacou-se também que isso, por si só, não quer dizer que seja impossível formular um verdadeiro modelo de autorresponsabilidade penal dos entes coletivos, contudo, para tanto, a estruturação da proposta deve partir de teorias de base que não se apoiam no substrato físico da ação humana e que ofereçam garantias mínimas de um Direito penal democrático.

Nesse sentido, o problema relacionado a incapacidade de ação parece finalmente ter encontrado uma solução²¹³. Entretanto, com relação à culpabilidade, parece ainda ser difícil afastar-se da utilização de equivalentes funcionais para que possa ser dirigida a pretensão de reprovação à pessoa jurídica para legitimar a imposição de uma pena.

²¹² BUSATO, Paulo César. **Tres Tesis sobre la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 102-103.

²¹³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010. **Cuadernos de Política Criminal**, España, v. 101, n. II, p. 5-34, 2010, p. 13-16.

Diante das dificuldades apresentadas ao longo do presente capítulo no âmbito da culpabilidade²¹⁴, verifica-se que muitos dos intentos de se compatibilizar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas com a dogmática da Teoria do Delito consistiram em passos falsos e não apontaram para uma compatibilização do seu conceito e estrutura com a natureza desencarnada do ente coletivo.

Assim, é importante indagar: qual a finalidade buscada por meio da atribuição de respostas penais às pessoas jurídicas?²¹⁵ Isto é, deseja-se com a consequência jurídico-penal uma forma de retribuição pelo injusto realizado? Ou se busca controlar um estado de risco ou de perigo criado pela empresa, a partir da prática do injusto, visando evitar a sua reincidência?

Caso se entenda que a finalidade perseguida pelo Direito penal nestes casos tem natureza predominantemente preventivo-especial, é preciso consignar que a pena não é a única opção à disposição do ordenamento jurídico para o sancionamento penal de uma conduta ilícita.

Dessa forma, questiona-se: não seria possível pensar em outra estrutura para a atribuição de consequências jurídico-penais aos entes coletivos que faça frente as necessidades político-criminais de responsabilização penal de pessoas jurídicas e que prescindia da estrutura dogmática da culpabilidade, respeitando, ao mesmo tempo, os *standards* mínimos do Direito penal democrático?

Nesse sentido, a ideia de Periculosidade, enquanto fundamento da consequência jurídica do delito cometido pela pessoa jurídica, parece abrir um campo de pesquisa, no mínimo curioso, pois a reprovação dirigida ao ente moral não é feita porque nele se constatou determinadas aptidões pessoais que legitimam a imposição de uma pena, mas sim porque há a necessidade de se controlar um estado de risco ou de perigo por ele produzido diante da realização do injusto.

²¹⁴ Juan Carlos CARBONELL MATEU, ao tratar das dificuldades dogmáticas de compatibilização da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, se refere a uma frase de José Miguel ZULGADÍA ESPINAR no que diz respeito ao confronto entre política criminal e dogmática: “*si aun subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la llamada teoría jurídica del delito, pues peor para esta última*” – CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010. **Cuadernos de Política Criminal**, España, v. 101, n. II, p. 5-34, 2010, p. 12.

²¹⁵ Sobre esse assunto recomenda-se a leitura de: SCANDELARI, Gustavo Britta. *As sanções criminais aplicáveis às pessoas jurídicas: uma nova teoria dos delitos?* In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas**: Seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 89-113; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 231-244.

Assim destaca Tracy REINALDET, ao tratar da periculosidade como fundamento da responsabilidade penal da empresa no Direito francês:

“Dessa forma, o conceito de periculosidade não almeja reprovar o autor de um ato ilícito, mas ele visa – simplesmente – constatar no infrator a existência de um estado de risco, o qual deve ser controlado pelo Direito penal. Nesse contexto, para que tal estado de risco seja verificado, o transgressor não precisa possuir em si certas aptidões pessoais como uma inteligência lúcida ou uma vontade tecnicamente livre, mas basta que ele realize um ato ilícito, demonstrando com isso ser uma ameaça à sociedade.”²¹⁶

De fato, parece fazer sentido que seja a periculosidade e não a culpabilidade o substrato para a imposição de respostas jurídico-penais com relação às pessoas jurídicas, especialmente se considerarmos que as ações delitivas dos entes coletivos atingem, em sua maioria, bens jurídicos transindividuais (meio ambiente, ordem econômica, entre outros), cujas ofensas representam, muitas vezes, um risco à sociedade, visto que nem sempre é possível calcular e prever todas as consequências que advêm de um injusto praticado contra estes bens.

Ademais, tal concepção não seria exatamente uma novidade na doutrina, visto que há vários autores que defendem este posicionamento²¹⁷, sendo que o seu surgimento foi proposto na Alemanha, em 1914, por EXNER²¹⁸.

Inclusive, SILVA SÁNCHEZ, ao apontar os intentos doutrinários feitos no sentido de tentar transpor os obstáculos que a dogmática da culpabilidade impõe para a responsabilização penal das Pessoas Jurídicas, destaca que a utilização da ideia de periculosidade e a respectiva formulação de sistemas de medidas

²¹⁶ REINALDET, Tracy. *Questões Francesas sobre a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas**: Seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 127.

²¹⁷ Nesse sentido: BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo código penal Brasileiro. **Revista Liberdades**, Edição Especial, Reforma do Código Penal. São Paulo, p. 98-125, set. 2012. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/13/artigo4.pdf>. Acessado em 08 de setembro de 2019. p. 124-125; SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. La evolución ideológica de la discusión sobre la "responsabilidad penal" de las personas jurídicas. **Derecho Penal y Criminología**, v. 29, n. 86- 87, p. 129-148, 2008, p. 147-148; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 240-242; entre outros.

²¹⁸ Esta referência foi obtida com o examinador Tracy REINALDET, após a apresentação deste trabalho, quem apontou Franz EXNER como o primeiro teórico a ter proposto a aplicação de medidas de segurança às pessoas jurídicas na obra: EXNER, Franz. **Die Theorie der Sicherungsmittel**. Berlim: Guttentag, 1914, p. 53.

independentes da culpabilidade, poderia ser um critério legítimo para a imposição de respostas penais aos entes coletivos.²¹⁹

Entretanto, o paradigma da periculosidade, ainda muito ligado às ideias concebidas pela Escola Positiva, especialmente quanto à aplicação de medidas de segurança pré-delitivas, é amplamente criticado pela doutrina²²⁰, visto que muitos ainda o associam à ideia de Direito penal de autor.

Entretanto, tal posicionamento decorre de um desconhecimento acerca das garantias inerentes à aplicação das medidas de segurança tratadas no capítulo anterior, de modo que, ao invés de rejeitar a proposta, é função da doutrina analisar uma maneira de compatibilizá-la com o sistema de garantias do Direito penal.

Desse modo, se investigará no próximo capítulo no que pode consistir a periculosidade jurídico-penal das pessoas jurídicas e quais são as consequências, no que diz respeito às respostas penais, ao prescindir-se da estrutura dogmática da culpabilidade para a responsabilização de entes coletivos.

²¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas y Acciones en Derecho Penal**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 83.

²²⁰ Por exemplo, SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 111-112.

4 A PERICULOSIDADE COMO FUNDAMENTO DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DOS DELITOS PERPETRADOS POR PESSOAS JURÍDICAS

Diante das dificuldades elencadas no capítulo anterior e da necessidade preventivo-especial de dissuadir as práticas criminosas das pessoas jurídicas, se tornou necessário pensar em um outro mecanismo para aplicação de consequências jurídico-penais às pessoas jurídicas.

Nesse sentido, a periculosidade emerge como um pressuposto útil para esta nova construção, vez que não busca reprovar o ente coletivo, mas sim fazer cessar um estado de perigo criado pela pessoa jurídica.

Isso ganha força também pelo cenário no qual se inserem as pessoas jurídicas, fortemente marcado por uma necessidade de gerenciamento de riscos.

Desse modo, este capítulo apresentará qual é o papel ocupado pela pessoa jurídica dentro do contexto das Sociedades de Riscos, para então investigar melhor no que consiste a sua periculosidade criminal, bem como as consequências jurídicas previstas nestes casos.

4.1 O DIREITO PENAL E A PESSOA JURÍDICA NO ÂMBITO DA SOCIEDADE DE RISCOS

A utilização do Direito penal para intervenção nas condutas perpetradas por Pessoas Jurídicas, apesar de não ser necessariamente uma novidade histórica²²¹, ganha especial relevância no contexto atual, pois os entes coletivos, de modo geral, são os grandes protagonistas das transformações testemunhadas nas sociedades industriais e pós-industriais²²² e, em especial, as grandes fontes produtoras de riscos e perigos.²²³

²²¹ Por todos, recomenda-se a leitura de “BUSATO, Paulo César. *Razões Político-Criminais para a Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas*. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas**: Seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 11-68”.

²²² SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 147-148.

²²³ BOTTINI faz a diferenciação entre a palavra risco e a palavra perigo: “A origem do termo “risco” não é precisa. Para Giddens, a palavra provém, provavelmente, de uma expressão árabe, aproveitado e utilizado pelo espanhóis quando das grandes navegações, que significaria correr para o perigo ou ir contra uma rocha, enquanto outros autores afirmam que o termo deriva do baixo-latim *risicu*, que significa ousar, ou seja, atuar perante a possibilidade de perigo. É evidente a relação entre risco e perigo, seja qual for a definição adotada. Risco é o adjetivo que se cola ao agir humano diante

Portanto, é importante compreender como se dá a relação entre o Direito penal e as pessoas jurídicas nesse contexto, pois é a partir disso que se poderá verificar a adequação da presente proposta em apresentar a periculosidade enquanto fundamento das consequências jurídicas dos delitos cometidos por entes coletivos.

Para encetar a presente análise, algumas colocações acerca da transição das sociedades industriais para modelos de sociedades de riscos (ou pós-industriais) se fazem necessárias.

De início, destaca-se que o risco e o perigo sempre foram atributos inerentes às atividades humanas²²⁴.

Nesse sentido, nas sociedades anteriores à primeira Revolução Industrial, as noções de perigo e de risco se desenvolveram com contornos bastante particulares, visto que eram percebidos, conforme destaca FARIA COSTA, “na consciência ética comunitária e experienciado por cada um dos seus membros como algo externo à própria comunidade”²²⁵.

Ou seja, o perigo e o risco decorriam de situações que vinham de fora da comunidade, notadamente, por meio das forças da natureza²²⁶, sendo os riscos desse momento caracterizados por sua pessoalidade, regionalidade, concretude e pela facilidade de contabilização.²²⁷

do perigo, ou da possibilidade de perigo. Não há risco sem potência de perigo, sem iminência de perigo. O risco refere-se primariamente ao perigo: logo, a definição do que se entende por perigo é premissa fundamental para a compreensão do risco.” Dessa forma, o autor apresenta duas concepções para o perigo, a subjetiva e a objetiva, sendo a primeira consistente na “*apreensão subjetiva do acontecimento danoso, que só existe porque o homem não conhece a relação de causalidade precisa decorrente dos fatos.*” Com relação à concepção objetiva, BOTTINI destaca que “*o perigo deixa o campo do subjetivo e passa a ostentar uma realidade objetiva, preenchida a probabilidade fática da ocorrência da lesão ou do dano que se quer evitar (...) o perigo se apresenta com conteúdo real, externo ao ser humano e, por isso mesmo, pode ser medido e quantificado*”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 22-24.

²²⁴ Ibidem, p. 25.

²²⁵ FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 321.

²²⁶ Nesse sentido, GIDDENS estabelece algumas características no que diz respeito ao contexto para o surgimento de riscos nas sociedades pré-modernas: “1. Threats and dangers emanating from nature, such as the prevalence of infectious diseases, climatic unreliability, floods, or other natural disasters; 2. The threat of human violence from marauding armies, local warlords, brigands, or robbers; 3. Risk of a fall from religious grace or of malicious magical influence”. GIDDENS, Anthony. **The Consequences of Modernity**. Cambridge: Polity press, 1990, p. 102.

²²⁷ BOTTINI, op. cit., p. 25.

Com o advento das revoluções industriais e a crença no conhecimento científico que é própria do positivismo, o ser humano passou a incorporar os riscos para dentro das atividades produtivas num ritmo cada vez maior.²²⁸

Isso não se dá de forma aleatória, visto que a noção de risco acaba sendo potencializada no modo de produção capitalista²²⁹ que é pautado na necessidade de consumo e na busca por padrões de produtividade que operam na lógica da maximização de lucros e na socialização dos prejuízos.

Entretanto, dentro das sociedades industriais clássicas, a probabilidade dos riscos ainda podia ser calculada e a extensão dos danos, prevista, uma vez que, nesta fase, conforme destaca Adriana PISA, “a produção social da riqueza vem acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos”²³⁰, não havendo assim descompasso entre as inovações tecnológicas e o conhecimento científico.

Contudo, a crescente internalização dos riscos combinada com a velocidade das descobertas científicas e o surgimento de novas técnicas de produção, acaba criando um ambiente de insegurança no qual o conhecimento científico não é capaz de acompanhar o ritmo destas mudanças, fazendo com que seja impossível prever e calcular, com precisão, as consequências diante do uso destas novas tecnologias.²³¹

Nesse sentido, Ulrich BECK, ao analisar as consequências do desastre ambiental de Chernobyl e as sociedades industriais de sua época, deparou-se com um novo paradigma com relação à percepção de riscos, no qual estes deixavam de ser atributos periféricos da organização social e passaram a orientar a própria organização da sociedade.²³²

Por essa razão, BECK conceituou a sociedade pós-industrial como uma sociedade de riscos²³³, sendo que o risco, enquanto elemento nuclear da sociedade, ganha, neste contexto, novos contornos e características.²³⁴

²²⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 25.

²²⁹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 51.

²³⁰ PISA, Adriana. Direito penal ambiental x sociedade de risco de Ulrich Beck: uma abordagem crítica. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 14, n. 54, p. 9-64, abr.-jun., 2009, p. 11-12.

²³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 32-33.

²³² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 12-13.

²³³ Ibidem, p. 23-24.

²³⁴ Nesse sentido, GIDDENS estabelece um perfil dos riscos na modernidade, destacando as seguintes características: “1. Globalization of risk in the sense of intensity: for example, nuclear war can threaten the survival of humanity. 2. Globalization of risk in the sense of the expanding number of

Assim, destaca-se que os riscos desta nova modernidade, produzidos pelas próprias atividades humanas, são, em grande medida, invisíveis, de modo que o estabelecimento de nexos de causalidade se tornou uma tarefa fadada ao fracasso, pois a falta de controle e de previsibilidade, que têm origem na ausência de conhecimento científico, impedem, no mais das vezes, uma investigação apurada capaz de relacionar causa e dano.²³⁵

BECK exemplificou esta situação em diversos trechos de sua obra, especialmente com relação às consequências da exploração de atividades nucleares e a contaminação da natureza pela indústria e pelo uso de agrotóxicos que se transferem aos alimentos consumidos pelos seres humanos e animais.²³⁶

Além disso, o sociológico alemão asseverava que a extensão dos danos na sociedade de riscos não se restringe às fronteiras geograficamente estabelecidas, mas alcança proporções vastas, afetando, inclusive, aqueles que produzem os riscos.²³⁷

contingent events which affect everyone or at least large numbers of people on the planet: for example, changes in the global division of labor. 3. Risk stemming from the created environment, or socialized nature: the infusion of human knowledge into the material environment. 4. The development of institutionalized risk environments affecting the life-chances of millions: for example, investment markets. 5. Awareness of risk as risk: the "knowledge gaps" in risks cannot be converted into "certainties" by religious or magical knowledge. 6. The well-distributed awareness of risk: many of the dangers we face collectively are known to wide publics. 7. Awareness of the limitations of expertise: no expert system can be wholly expert in terms of the consequences of the adoption of expert principles." GIDDENS, Anthony. **The Consequences of Modernity**. Cambridge: Polity press, 1990, p. 124-125.

²³⁵ Nesse sentido, Ulrich BECK destaca a utilização do princípio de causação na sociedade de riscos com viés de blindagem do modelo político e econômico vigente: *"Uma liberalização da prova de causalidade equivaleria, nessas condições, ao rompimento de um dique e, consequentemente, a uma inundação de ameaças e riscos a serem reconhecidos, que sacudiriam toda a estrutura social e política da Alemanha com a amplitude de seu efeito. Desse modo, também aqui e como sempre – numa delicada harmonia entre ciência e direito – o suposto "princípio da causação" é utilizado como eclusa de reconhecimento ou refutação: sabe-se que geralmente os riscos da modernização, em razão de sua estrutura, não podem ser suficientemente interpretados segundo o princípio da causação. No mais das vezes, não existe o causador, mas justamente poluentes no ar, vindos de muitas chaminés e, além disto, correlatos de males inespecíficos, a respeito dos quais se consideram uma multiplicidade de "causas". Quem quer que, sob tais condições, insita numa prova causal estrutura, maximiza a refutação e minimiza o reconhecimento de contaminações e enfermidades civilizacionais de origem industrial. Com a inocência da "pura" ciência, os pesquisadores do risco defendem a "fina arte da demonstração causal", bloqueiam assim protestos dos cidadãos, sufocam-nos ainda no ninho da "insuficiente" prova causal, parecem poupar custos à indústria, livrar as costas dos políticos e manter na verdade as eclusas abertas a uma ameaça generaliza à vida".* BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 76.

²³⁶ Ibidem, p. 27

²³⁷ Nesse sentido, Ulrich BECK exemplifica: *"Os antigos "efeitos colaterais imprevistos" tornam-se assim efeitos principais visíveis, que ameaçam seus próprios centros causais de produção. A produção de riscos da modernização acompanha a curva do bumerangue. A agricultura intensiva de caráter industrial, fomentada com bilhões em subsídios, não somente faz aumentar dramaticamente em cidades distantes a concentração de chumbo no leite materno e nas crianças. Ela também solapa*

A isso, o autor atribuiu a denominação de “efeito bumerangue” que diz respeito ao padrão de distribuição dos riscos no qual, “cedo ou tarde, se atinge a unidade entre culpado e vítima” ²³⁸.

Ou seja, aqueles que produzem os riscos também estão a eles sujeitos, razão pela qual os riscos da modernidade são de caráter reflexivo e implodem o esquema de sociedade de classes, visto que mesmo aqueles que concentram maior poder econômico não conseguem se afastar completamente das fontes de riscos e perigos²³⁹.

Nesse sentido, também destaca BOTTINI:

“Os novos riscos, ao contrário, afetam a toda a sociedade e se fazem presentes em todos os setores. Aqueles que usufruem as novas tecnologias também sofrem os seus efeitos, o que traz à tona e fortalece o discurso sobre os meios de controle destas técnicas de produção. Inicia-se o conflito dentro da própria classe economicamente dominante sobre o risco permitido e aceitável.”²⁴⁰

Diante desse cenário, a percepção pública dos riscos pela sociedade é potencializada pelos meios de comunicação, sendo a solidariedade social induzida pela sensação de insegurança e no medo, visto que a ciência não é mais capaz de oferecer respostas prontas frente a este ambiente de incertezas.²⁴¹

Inclusive, diante dessas características, abre-se um nicho de mercado completamente novo voltado para a monetarização dos riscos, ou seja, os riscos são “*big business*” nas sociedades pós-industriais, uma vez que o próprio sistema econômico tira proveito dos riscos que produz, criando assim uma indústria para conter a periculosidade das atividades de modo a tentar fazer com que estas não ultrapassem os limites dos riscos permitidos²⁴².

Portanto, a noção de sociedade de risco está assentada no como se podem evitar ou minimizar os riscos e perigos produzidos pela modernidade sem que o

de múltiplas formas a base natural da própria produção agrícola: cai a fertilidade das lavouras, desaparecem espécies indispensáveis de animais e plantas, aumento o perigo de erosão do solo.” BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 45.

²³⁸ Ibidem, p. 45.

²³⁹ Ibidem, p. 27.

²⁴⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 30.

²⁴¹ BECK, op. cit., p. 59-60 e 90-93.

²⁴² BOTTINI, op. cit., p. 31-32.

processo de modernização seja obstaculizado, tampouco que se ultrapassem os limites do suportável ecológica, médica, psicológica e socialmente.²⁴³

Isso porque, de forma geral, os meios de controle sociais, incluso o sistema de justiça, acreditam que a produção industrial traz benefícios para a sociedade²⁴⁴, a não ser que se possa provar o contrário.²⁴⁵

Acontece que esse ônus probatório normalmente só consegue ser vencido após a ocorrência de uma catástrofe, visto que a própria ciência acaba legitimando a invisibilidade dos riscos, por meio da fixação de limites de tolerância artificiais que apenas servem para conferir uma falsa sensação de normalidade à sociedade.²⁴⁶

Diante de todo o exposto, se percebe que o discurso da sociedade de riscos adquire um potencial político enorme sob o enfoque da necessidade de controle e prevenção.²⁴⁷

Logo, o Direito se vê bastante influenciado nesse novo cenário, situação da qual o Direito penal não passa ileso.²⁴⁸

MACHADO assevera que dentro deste contexto de incertezas, inseguranças e da incapacidade de a ciência oferecer respostas aos novos riscos por ela criados, o recurso ao sistema penal ganha relevância.²⁴⁹

²⁴³ PISA, Adriana. Direito penal ambiental x sociedade de risco de Ulrich Beck: uma abordagem crítica. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 14, n. 54, p. 9-64, abr.-jun., 2009, p. 11-12.

²⁴⁴ Essa cegueira econômica do processo de industrialização é bem notada por FARIA COSTA: “no entanto, os perigos e os eventuais danos – pois o dano continuava, e bem, a ter uma carga de desvalor que, de maneira alguma, se poderia sequer comprar ao nascente desvalor de perigo – eram, indiscutivelmente, contrabalançados pelos enormes, incomensuráveis benefícios que resultavam da aplicação da *techne*. Indiscutível era, por consequência, o facto de as fontes geradoras do perigo, contrariamente ao que se passava em tempos anteriores, serem, agora, fruto do desenvolvimento interno da própria comunidade.” FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 345.

²⁴⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 34.

²⁴⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 83-84.

²⁴⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e Direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 91-92.

²⁴⁸ Nesse sentido, aponta SALVADOR NETTO: “A realidade apontada, na qual o risco se apresenta como forma de vínculo com o futuro e, ao mesmo tempo, normativamente construído sob a tensão da insegurança e da imprevisibilidade, permite alcançar o terceiro aspecto a ser agora destacado. Trata-se da tentativa, por meio das instâncias jurídicas de controle, em estabelecer regras que permitam atuações humanas concebidas em até certo grau de risco (...). Essa construção dos riscos permitidos, conforme se percebe, é notoriamente normativa, ou seja, variará de acordo com as margens de tolerância a riscos a serem admitidas em certa sociedade. (...) Sendo assim, o Direito assume um papel central neste controle e balizamento dos riscos, colocando-se especificamente o Direito Penal em posição de notório protagonismo”. SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 53-54.

²⁴⁹ MACHADO, op. cit., p. 93-94.

Inclusive, a autora mencionada identifica três tendências político-jurídicas da criminalidade do risco, as quais vale a menção:

“I) a de ampliar a proteção penal a bens jurídicos supra-individuais; II) a de alargar e antecipar a tutela penal, abandonando a lesão ao bem jurídico como centro gravitacional do sistema para criminalizar as inobservâncias aos deveres de conduta e organização, mediante o uso habitual dos tipos de perigo abstrato; e III) a de repensar o conceito de culpabilidade para abarcar não só as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas”.²⁵⁰

As manifestações acima não esgotam os câmbios feitos no Direito penal na sociedade de riscos.

Contudo, resta evidente que a atuação reativa do Direito frente aos riscos desta sociedade pós-industrial já não é mais suficiente, sendo necessário um enfoque preventivo no sentido de evitar que os riscos e os perigos se transformem em danos, pois, conforme já destacado, os riscos e perigos atuais são capazes de gerar consequências irreversíveis, tanto em escala local quanto em escala global.

Logo, dentro deste novo paradigma, o Direito penal, assim como as demais instâncias de controle social, é conclamado a função de gerenciamento de riscos diante de situações que ofendam ou coloquem em perigo os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade.²⁵¹

Riscos estes que exigem medidas de prevenção e precaução, ou seja, pautadas em prognósticos de periculosidade destinados à evitação de eventos futuros que possam ofender ou pôr em risco bens jurídicos fundamentais para a sociedade.²⁵²

Como parte desta estratégia de gerenciamento de riscos, a responsabilização penal de pessoas jurídicas ganha grande protagonismo.²⁵³

Conforme já destacado, são os entes coletivos os grandes responsáveis por transformar riscos que até então eram pessoais, regionais, concretos e de fácil

²⁵⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e Direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 99.

²⁵¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 71-72.

²⁵² Ibidem, p. 67-68.

²⁵³ Ao lado da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, pode-se mencionar também a presença de normas penais em branco e a criminalização do perigo, pautada no Princípio da Precaução. Por todos, recomenda-se a leitura de “BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013” e “MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e Direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.”

contabilização em situações de impessoalidade, ausência de delimitação geográfica, invisibilidade e de difícil controle e previsibilidade.

Nesse sentido, as empresas se tornam espaços perigosos de liberdade que, por vezes, ofendem bens jurídicos protegidos pelo Direito penal, requerendo assim a atuação de *ultima ratio* do sistema de justiça ao menos para fazer cessar um estado de periculosidade.²⁵⁴

Isso não significa, contudo, que se deva relativizar garantias mínimas para o exercício da potestade punitiva, mas sim que a doutrina precisa passar por um processo de adaptação e criação em relação às categorias clássicas que compõem o sistema de imputação penal, visto que o próprio Direito penal é chamado a intervir num contexto completamente distinto do de outrora.

Nesse sentido, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas passa a ser um instrumento de política criminal com foco na minimização e eliminação de riscos produzidos pelos grandes protagonistas da modernidade: os entes coletivos.

Logo, considerando que as noções de risco e perigo sempre se projetam para o futuro e que as pessoas jurídicas são as principais fontes de produção destes riscos, parece adequado que o Direito penal das pessoas jurídicas opere na lógica de se buscar fazer cessar este estado de periculosidade.²⁵⁵

Inclusive, seria estranho entender que a personalidade jurídica conferida aos entes morais, ao possibilitar a organização dos fatores de produção e a obtenção de lucro, somente lhes permitisse o desfrute dos bônus e não resultasse em uma contrapartida no que diz respeito à possibilidade de responsabilização frente a ocorrência de atos ilícitos.²⁵⁶

Assim, quando se atribui ao Direito penal um papel de gerenciamento de riscos pautado em medidas que visam a prevenção de novas ofensas à bens jurídicos fundamentais para a sociedade, a estratégia político-criminal no âmbito das Pessoas Jurídicas não pode passar alheia a noção de periculosidade.

É nesse contexto, portanto, que se propõe investigar melhor no que consiste a periculosidade das pessoas jurídicas, visto que os juízos de reprovação pautados na suposta culpabilidade dos entes morais, até então, se mostraram

²⁵⁴ REINALDET, Tracy. **La responsabilité pénale à l'épreuve des personnes morales** : étude comparée franco-brésilienne. 2017. 552 f. Tese (doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017, p. 356.

²⁵⁵ Ibidem, p. 356.

²⁵⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 67.

insatisfatórios²⁵⁷, além de lançarem um olhar apenas para o passado, desconsiderando assim a função de evitar a reincidência das ofensas.

4.2 CONCEITO DE PERICULOSIDADE CRIMINAL E SUA ADEQUAÇÃO À RESPONSABILIDADE PENAL DE PESSOAS JURÍDICAS.

Se há uma expressão dentro da doutrina penalista que não goza de reputação ilibada, especialmente entre aqueles que se intitulam penalistas liberais, é a chamada “periculosidade social”.

A objeção à presente expressão tem a sua razão de ser, visto que a corrente da escola positiva da criminologia utilizou esta expressão para fundamentar um Direito penal de autor e por condução do modo de vida²⁵⁸, situações estas que encontraram grande amparo dentro de regimes políticos totalitários, notadamente, o fascismo.

Dessa forma, a periculosidade era utilizada como uma fórmula genérica para perseguir inimigos políticos e a todos aqueles que não se enquadrassem dentro de um determinado padrão social de comportamento.

Nesse sentido, vale a menção à Patricia Susana ZIFFER, destacando que:

“Em sociedades ou conjunturas políticas inclinadas ao temor e a perseguição, é natural (e desejável) que aumente a desconfiança do jurista frente a todo intento legislativo de atuar frente a “perigos”, pois poucos freios ao poder público são tão efetivos como a exigência de um “feito” como pressuposto mínimo para a intervenção estatal. Quando o Estado estende sua potestade punitiva aos momentos prévios a exteriorização da conduta que já implica em lançar mão de dimensões de liberdade alheia, os limites são perigosamente obscurecidos em relação às garantias do Estado de Direito. O decisivo, já que não se trata daquilo que o homem faz, senão daquilo que não é possível saber se realmente alguma vez fará: a perspectiva dominante é a do futuro. Para qualificar um indivíduo como “perigoso” e atuar sobre ele, não existe nenhuma necessidade, conceitualmente, de que este tenha realizado alguma conduta delitiva. A ingerência não se determina pela “gravidade do feito”, senão segundo as características do afetado e, em todo caso, segundo os fatos que seria possível se esperar dele. Portanto, é daí que um Direito penal “perigosista” pode ser considerado como o antônimo mais preciso de um Direito penal “democrático”, o que gera um rechaço frequente na doutrina e na jurisprudência argentinas. A qualificação de um instituto jurídico como contrário ao “direito penal do fato”,

²⁵⁷ Nesse quesito, remeto o leitor aos itens 3.3 e 3.4 do presente trabalho.

²⁵⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 39-40.

ou como repositório de teorias “perigosistas”, constitui uma via argumental que não deixa espaço para réplica.”²⁵⁹

Contudo, esse justo temor em relação à construção de fórmulas pouco garantistas pautadas na periculosidade social das pessoas naturais, causou um bloqueio generalizado na doutrina acerca da possibilidade de se discutir em que termos a periculosidade pode ser um conceito dogmaticamente importante para o Direito penal, especialmente dentro do contexto atual, marcado pela necessidade de prevenção da ocorrência de novas ofensas à bens jurídicos de titularidade transindividual, cujas consequências são difíceis de prever e calcular, conforme já tratado no item anterior.

Esse exercício de compatibilização e também de criação, embora não seja, *prima facie*, algo fácil e evidente de se resolver, não parece ser de todo modo uma tarefa impossível, pois uma proposta que englobe a periculosidade enquanto fundamento para a imposição de respostas penais, para ser legítima, precisará respeitar aos princípios estruturantes de um Direito penal para o Estado Social e Democrático de Direito, conforme já evidenciado nos capítulos anteriores deste trabalho: I) da legalidade; II) da intervenção mínima; III) da culpabilidade.

Nesse sentido, sem a pretensão de esgotar a temática, se analisará em que termos é possível adequar o conceito de periculosidade criminal à responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

O desenvolvimento da presente temática passará, primeiramente, por um recorte acerca de determinados aspectos da periculosidade para as pessoas físicas,

²⁵⁹ Texto original: “En sociedades o coyunturas políticas proclives al temor y a la persecución es natural (y deseable) que aumente la desconfianza del jurista frente a todo intento legislativo de actuar frente a “peligros”, pues pocos frenos al poder público son tan efectivos como la exigencia de un “hecho” como presupuesto mínimo para la intervención estatal. Cuando el Estado extiende su potestad punitiva a los momentos previos a la exteriorización de la conducta que ya implique arrogarse ámbitos de libertad ajenos, los límites se difuminan peligrosamente para las garantías propias del Estado de derecho. Lo decisivo ya no es lo que el hombre hace, sino aquello que no es posible saber realmente si alguna vez hará: la perspectiva dominante es la del futuro. Para calificar a un individuo como “peligroso” y actuar sobre él, no existe ninguna necesidad, conceptualmente, de que haya realizado alguna conducta delictiva. La injerencia no se determina por la “gravedad del hecho”, sino según las características del afectado y, en todo caso, según los hechos que sería dable esperar de él. De allí que un derecho penal “peligrosista” pueda ser considerado como el antónimo más preciso de un derecho penal “democrático”, y él genera un rechazo frecuente en la doctrina y la jurisprudencia argentinas. La calificación de un instituto jurídico como contrario al “derecho penal de hecho”, o bien, como resabio de teorías “perigosistas”, constituye una vía argumental que no deja lugar a réplica”. ZIFFER, Patricia Susana. **Medidas de Seguridad**: pronósticos de peligrosidad en derecho penal. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 135-136.

mesmo porque, a bibliografia acerca dessa temática com relação às pessoas jurídicas é bastante escassa.

ZIFFER destaca que, tradicionalmente, a periculosidade é definida como a possibilidade, em decorrência de um certo estado do autor, de que seja provável que este realize novas ações típicas e ilícitas nocivas para a generalidade.²⁶⁰

Aníbal BRUNO, por sua vez, define a perigosidade²⁶¹ criminal como “um estado de desajustamento social da personalidade do indivíduo, que torna provável que ele venha a delinquir”.²⁶²

Em que pese os conceitos acima colacionados terem sido formulados pensando-se em pessoas naturais, deles se extrai um núcleo comum que é útil também para as pessoas jurídicas: o conceito de periculosidade é um prognóstico acerca da probabilidade da ocorrência de um injusto futuro.

Frente a isso, ZIFFER aponta duas objeções que normalmente são apresentadas a estas definições: I) a periculosidade seria uma categoria fictícia, impossível de se sustentar em critérios racionais, razão pela qual não poderia ser utilizada em quaisquer ramos do direito; e II) a periculosidade poderia ser utilizada dentro da função estatal de prevenção, mas não dentro da lógica de um Direito penal do fato.²⁶³

No primeiro caso, que se trata basicamente de uma negação da possibilidade de atuação preventiva do Estado em todos os âmbitos, parece difícil sustentar um discurso que mesmo diante de situações de evidente de risco e perigo, o poder público somente possa intervir após a ocorrência do dano.²⁶⁴

Por essa razão, desde logo, refuta-se a presente objeção, visto que não é dado ao Estado a permissão de omitir-se frente a situações que coloquem em riscos acima dos permitidos os seus tutelados.

Quanto ao segundo argumento, pautado na visão da culpabilidade enquanto responsabilidade por um fato próprio, os prognósticos de periculosidade seriam,

²⁶⁰ ZIFFER, Patricia Susana. **Medidas de Seguridad**: pronósticos de peligrosidad en derecho penal. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 137.

²⁶¹ Para Aníbal Bruno, as expressões periculosidade e perigosidade são expressões sinônimas, havendo a opção do referido autor por esta última. BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. 5. ed. Revista e atualizada por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. II. p. 119.

²⁶² Ibidem, p. 125.

²⁶³ ZIFFER, op. cit., p. 139.

²⁶⁴ Ibidem, p. 140.

portanto, ilegítimos para fundamentar a imposição de consequências jurídico-penais, vez que estes se referem exclusivamente ao autor e não ao fato.²⁶⁵

Entretanto, esta objeção é apenas um problema aparente.

Ao se utilizar do conceito de periculosidade para fundamentar, por exemplo, a imposição de uma medida de segurança, esse juízo não é feito somente em relação às características do agente, mas sim em relação ao injusto realizado de modo prévio, conforme já tratado no item 2.2 deste trabalho, de onde se extrai o próprio conceito de periculosidade criminal.²⁶⁶

Ou seja, somente se admitíssemos a utilização de medidas de segurança pré-delitivas é que tal objeção teria algum respaldo, uma vez que o prognóstico de periculosidade, apesar de se referir ao autor do delito (tal como feito com o juízo de reprovação no caso da culpabilidade), não é feito de modo alheio ao fato típico e ilícito.

Desse modo, verifica-se que as principais objeções apontadas pela doutrina com relação à utilização do conceito de periculosidade criminal estão vinculadas a uma noção desenvolvida pela criminologia positiva acerca do conceito.

Isso, por si só, não impede que seja feito um exercício de compatibilização com a dogmática penal moderna.

Logo, as objeções apresentadas não servem para deslegitimar a utilização da periculosidade criminal como fundamento para a imposição de consequência jurídicas de um delito, visto que é possível compatibilizá-la com garantias de um Direito penal democrático.

Ademais, é importante consignar que a noção de periculosidade é algo ínsito a utilização do Direito penal para finalidades preventivas, visto que se a norma penal estivesse orientada tão somente à retribuição, tais objeções sequer teriam razão de existir.²⁶⁷

Desse modo, dentro de um contexto de gerenciamento de riscos, fortemente marcado por um viés preventivo de aplicação da norma penal, o prognóstico de

²⁶⁵ ZIFFER, Patricia Susana. **Medidas de Seguridad**: pronósticos de peligrosidad en derecho penal. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 140.

²⁶⁶ “No âmbito penal, como antes referimos, o conceito de periculosidade se relaciona com o fato realizado e não com a dimensão subjetiva de seu agente. É, enfim, um conceito de periculosidade criminal e não periculosidade social”. BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 302.

²⁶⁷ ZIFFER, op. cit., p. 140.

periculosidade não é algo que possa ser facilmente abandonado²⁶⁸. Caso contrário, de nada adiantaria ter um discurso político-criminal voltado para a prevenção de delitos se, no momento da aplicação e da execução da sanção, não se levasse em consideração a periculosidade e capacidade de reincidência do autor.

Ou seja, não há possibilidade de se pensar em prevenção especial sem que sejam feitas ponderações com relação à periculosidade do autor diante da ocorrência de um fato típico e antijurídico.

Nesse sentido, destaca ZIFFER:

“A antinomia entre culpabilidade e prevenção é conhecida, e ainda dentro dos limites daquilo que a culpabilidade tolera, não há prevenção especial possível sem considerações sobre a periculosidade. Certamente, se pode evitar a palavra e utilizar expressões que soem mais “democráticas”, como “pronóstico de reinserção social” (cf. Art. 13, Cód. Penal) ou “reglas adecuadas para prevenir la ocurrencia de novos delitos” (art. 27, *bis*, Cód. Penal). Porém, o que não é recomendável é falsear a realidade ou esconder o complexo problema teórico envolvido: o grau de probabilidade de que o condenado volte a cometer delitos é um fator inevitável a ser levado em consideração, que não é outra coisa senão “periculosidade”.²⁶⁹

Desse modo, todo instituto jurídico-penal orientado à prevenção acaba funcionando, de modo implícito (na técnica de tipificação de delitos de perigo concreto ou abstrato, v.g.) ou explícito (como fundamento para a aplicação de medidas de segurança, v.g.), com apoio em prognósticos de periculosidade.

Portanto, quando se afastam as objeções relacionadas ao conceito de periculosidade social, verifica-se que é plausível a sua utilização no Direito penal.

²⁶⁸ Exemplos disso também são encontrados por meio da utilização de bens jurídicos de titularidade coletiva e nas técnicas de tipificação de delitos de perigo, tanto o abstrato, quanto o concreto. Nesse sentido, sugere-se a leitura da obra: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

²⁶⁹ Texto original: “La antinomia entre culpabilidad y prevención es conocida, y aun dentro de los límites de lo que la culpabilidad tolera, no hay prevención especial posible sin consideraciones de peligrosidad. Ciertamente, se puede evitar la palabra y utilizar expresiones que suenen más “democráticas”, como “pronóstico de reinserción social” (cf. Art. 13, Cód. Penal) o “reglas adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos” (art. 27, *bis*, Cód. Penal). Pero lo que no es recomendable es eludir la realidad ni esconder el complejo problema teórico implicado: el grado de probabilidad de que el condenado vuelva a cometer delitos es un factor ineludible a ser tomado en consideración, lo que no es otra cosa que “peligrosidad”. ZIFFER, Patricia Susana. **Medidas de Seguridad**: pronósticos de peligrosidad en derecho penal. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 141.

Contudo, a crítica mais sólida que ainda persistiria seria sobre se há real possibilidade de se formular juízos de certeza, a partir de prognósticos de periculosidade, acerca da reincidência do autor na prática de condutas ilícitas.²⁷⁰

Este é um problema que exige maior atenção e requer uma construção que delimite a possibilidade de se realizar um juízo positivo de periculosidade com relação às pessoas jurídicas e em que sentido isso pode legitimar a intervenção estatal.

Em primeiro lugar, o prognóstico de periculosidade exige uma detalhada análise das circunstâncias que levaram o agente a realizar o injusto.

Isso não se confunde com as percepções pessoais de um juiz frente a um caso penal, mas consiste em apontar, fundamentadamente, a existência de certas situações que propiciaram a realização do injusto prévio e que ainda persistem no autor após a sua ocorrência, as quais necessitam da ingerência do Estado a fim de evitar a sua reincidência.²⁷¹

Não se está aqui sustentando uma formulação em favor de uma culpabilidade por condução de vida, visto que o juízo de periculosidade não busca a reprovação ética do autor do delito a partir de determinadas aptidões pessoais, mas sim fazer cessar um estado de perigo por ele gerado após a ocorrência do injusto.

Nesse sentido, observa REINALDET:

“Como vimos, por trás da noção de periculosidade, encontramos um julgamento de periculosidade em vez de um julgamento de reprovação. Como resultado, o conceito de periculosidade não deve culpar o indivíduo pelo uso indevido de sua liberdade, mas simplesmente observar a existência de uma condição ameaçadora pelo ofensor. Consequentemente, para que essa condição da periculosidade seja atendida, o agente não precisa provar que possui certas aptidões pessoais, como inteligência lúcida ou vontade tecnicamente livre, mas é suficiente que ele demonstre, através de um ato ilícito, que é perigoso para a sociedade.”²⁷²

²⁷⁰ ZIFFER, Patricia Susana. **Medidas de Seguridad**: pronósticos de peligrosidad en derecho penal. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 145.

²⁷¹ Ibidem, p. 146-147.

²⁷² Texto original : « *Comme on l'a vu, derrière la notion de dangerosité on rencontre un jugement de dangerosité au lieu d'un jugement de reproche. De ce fait, le concept de dangerosité ne vise pas à blâmer l'individu à cause d'un mauvais usage de sa liberté, mais il souhaite simplement constater chez le délinquant l'existence d'un état menaçant. Conséquemment, pour que cette condition de dangerosité soit remplie, l'agent n'a pas besoin de rapporter la preuve qu'il possède certaines aptitudes personnelles telles qu'une intelligence lucide ou une volonté techniquement libre, mais il suffit qu'il démontre par le biais d'un acte illicite qu'il est dangereux pour la société.* » REINALDET, Tracy. **La responsabilité pénale à l'épreuve des personnes morales** : étude comparée franco-brésilienne. 2017. 552 f. Tese (doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017, p. 357-358.

Ou seja, com a periculosidade não se busca reprovar o sujeito, seja ele pessoa natural ou pessoa jurídica, pelo uso indevido de sua liberdade, mas tão somente constatar um estado de perigo que precisa ser controlado pelo Direito penal.

Assim, este prognóstico deve estar fundamentado em informações e acontecimentos que não consistam em meras especulações, conforme aponta ZIFFER:

“Assim, por exemplo, as afirmações de astronomia ou de meteorologia têm diferentes graus de segurança, mas ambas contam com uma base científica que as dá um apoio convincente. O que diferencia um prognóstico de uma mera especulação é a quantidade e a qualidade do material empírico sobre o qual se sustenta, e que constitui o único fundamento possível para uma previsão metodologicamente segura. Para um prognóstico científico, o que resulta decisivo é, sobretudo, que se aplique para a sua formulação um procedimento de previsão que seja verificável.”²⁷³

Logo, a constatação da periculosidade criminal deve vir acompanhada de um conjunto probatório robusto que aponte um elevado grau de probabilidade de que o ente coletivo voltará a delinquir, caso não lhe seja aplicada nenhuma medida preventiva.

Assim, retomando a crítica inicial, verifica-se que a periculosidade criminal jamais consistirá em um juízo de certeza, mas tão somente de probabilidade.

Nesse sentido, é comum tentar se deslegitimar os prognósticos de periculosidade, visto que estes não conseguem expressar exatidão acerca da delinquência futura, não sendo aptos, portanto, a autorizar o Estado a aplicar medidas coativas com base na dúvida.

Contudo, o Estado, ao aplicar a consequência jurídica mais severa que dispõe – a pena – ele também não se apoia em juízos de certeza, visto que é impossível a reconstrução exata dos fatos e de todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que estão em torno da prática criminosa.

²⁷³ Texto original: “Así, por ejemplo, las afirmaciones de la astronomía o de la meteorología tienen grados de seguridad diferentes, pero ambas cuentan con una base científica que les da un apoyo convincente. Lo que diferencia a un pronóstico de la mera especulación es la cantidad y calidad del material empírico sobre el que se sustenta, y que constituye el único fundamento posible para una predicción metodológicamente segura. Para un pronóstico científico lo que resulta decisivo es, sobre todo, que para su formulación se aplique un procedimiento de predicción verificable.” ZIFFER, Patricia Susana. **Medidas de Seguridad:** pronósticos de peligrosidad en derecho penal. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 147.

Ter certeza sobre algo ou conhecer a verdade de um fato são problemas filosóficos demasiado complexos para as pretensões deste trabalho.²⁷⁴

Entretanto, é importante destacar que o direito não trabalha com verdades absolutas, logo, quando se disser que algo é verdadeiro, o que realmente se quer dizer é que “disso pode-se estar seguro”, sem haver, portanto, nenhuma pretensão de infalibilidade na afirmação.²⁷⁵

Portanto, o máximo que se consegue com as ferramentas à disposição do ser humano para a reconstrução de fatos são, no fundo, juízos de probabilidade, nunca de certeza absoluta, probabilidade esta que se expressa na afirmação “para além de uma dúvida razoável”.²⁷⁶

Isso é tão sintomático no sistema jurídico que este acaba tendo que prever diversos mecanismos para corrigir a falibilidade de uma decisão judicial (recursos e ações autônomas de impugnação) ou estabelecer presunções em casos de dificuldades probatórias que nada mais são do que facilitadores interpretativos para a resolução de um caso penal.

Assim, de modo análogo, os prognósticos de periculosidade também não irão oferecer a certeza se o autor voltará ou não a delinquir. Contudo, a partir destes, é possível obter um grau de probabilidade, para além de uma dúvida razoável, a partir do qual se torne legítima a imposição de medidas preventivas.

²⁷⁴ Para aprofundamento sobre o tema, sugere-se a leitura de: VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011. p. 931-964.

²⁷⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011. p. 959

²⁷⁶ Saber o que está “para além de uma dúvida razoável” não é uma tarefa fácil. Entretanto, com auxílio da Filosofia da Linguagem é possível chegar em alguns consensos que delimitam o conceito, conforme destaca VIVES ANTÓN: *“Ahora bien, determinar qué es lo que está más allá de toda duda razonable no es tarea fácil. La he acometido en un par de trabajos anteriores; pero, lo que en ellos propugne no me resulta enteramente satisfactorio. Trataré de mostrar de otro modo una idea semejante. Según lo dicho, la verdad se identifica con lo objetivamente cierto (SC 194.272) y algo es objetivamente cierto cuando no es posible el error (SC 194); pero, no se trata aquí sólo de una imposibilidad lógica, pues hay ocasiones en que, aunque esté en un error, tengo derecho a decir: no puedo equivocarme (SC 663), ya que con eso sólo excluyo cierto tipo de error; esto es, excluyo los errores ordinarios, no las anomalías completas que se presentan excepcionalmente (SC 667). De modo que podemos predicar la verdad no sólo de aquellos enunciados respecto a los que la duda es lógicamente imposible, sino también de todos aquellos respecto de los que no es razonable —aunque subsista la posibilidad anómala de error—, pese a que entre unos y otros no haya una frontera bien delimitada (SC 454). Wittgentein ofrece abundantes ejemplos que ilustran lo que con la exclusión de toda duda razonable se quiere decir. Junto a todos los casos en que la duda es imposible —se trata de aquellos que yacen en el fondo de nuestra imagen del mundo o de aquellos otros en que la duda comporta una contradicción—, puede afirmarse que no es razonable dudar de las evidencias científicas, ni de la corrección de un cálculo repetidamente comprobado ..., ni de los enunciados que expresan experiencias inmediatas, ni de las afirmaciones que se infieren de cualquiera de tales premisas de forma cerrada, unívoca, inatacable (SC 297). Aunque la relación de ejemplos no ofrezca una —imposible— definición de la certeza requerida por la fórmula, sí basta para mostrar de qué tipo de certeza incontestable, a la que ninguna objeción pueda oponerse, hablamos.”* Ibidem. p. 960-961.

Nesse sentido, os prognósticos de periculosidade com relação às pessoas jurídicas devem levar em consideração o maior número de variáveis possíveis e, assim, poder afirmar que há grande probabilidade de que aquele mesmo ente moral volte a ofender bens jurídicos relevantes para a sociedade caso não se adotem medidas preventivas.

Para a configuração deste prognóstico, feitas as devidas adaptações, os requisitos não se diferenciariam muito daqueles utilizados para as pessoas físicas, quais sejam: análise das circunstâncias particulares do caso penal, investigação acerca de características específicas do autor que foram relevantes para o injusto, a conduta do agente após a prática do injusto, entre outros.²⁷⁷

Com relação à possibilidade de utilização da noção de periculosidade às pessoas jurídicas, é interessante destacar as propostas apresentadas por REINALDET ao realizar um estudo comparativo entre a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no Brasil e na França.²⁷⁸

O autor destaca que é necessário criar uma nova noção de periculosidade que seja específica para os entes morais, de modo a torná-la compatível com a sua natureza desencarnada, particularmente no que diz respeito à criação do estado de perigo.²⁷⁹

Nesse sentido, REINALDET, ao se referir sobre a incompatibilidade da noção de culpabilidade com a natureza incorpórea da pessoa jurídica, enfatiza que os entes morais, mesmo que ausentes as condições necessárias para a formulação de um juízo de reprovação, representam fontes de perigo à bens protegidos pelo Direito penal.²⁸⁰

²⁷⁷ A identificação destes padrões (ou fatores criminológicos), no mais das vezes, é uma tarefa que está a cargo da criminologia realizar. Nesse sentido, assevera “BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral**. 5. ed. Revista e atualizada por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. II. p. 122.”

²⁷⁸ As propostas apresentadas e as respectivas críticas estão localizadas em: REINALDET, Tracy. **La responsabilité pénale à l'épreuve des personnes morales** : étude comparée franco-brésilienne. 2017. 552 f. Tese (doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017, p. 340-369.

²⁷⁹ Ibidem, p. 359-360.

²⁸⁰ Ibidem, p. 355.

Afirma-se isso com base na ideia de que determinadas formas de gestão e de estruturação das Pessoas Jurídicas ou levam diretamente à prática de delitos, ou favorecem a sua ocorrência por meio da estrutura organizacional.²⁸¹

Assim, o fator que daria origem ao estado de perigo criado pelo ente coletivo não seria um fator de ordem biológica, psicológica ou social, mas sim de ordem organizacional, qual seja, um defeito ou falha na estrutura da organização.²⁸²

Essa concepção faz sentido dentro da lógica das pessoas jurídicas, ainda mais quando analisada sob a ótica dos crimes ambientais, não sendo preciso buscar exemplos encontrados apenas em manuais acadêmicos para verificar a sua incidência, bastando um olhar para o recente desastre de Mariana e verificar que a mesma situação se repetiu em Brumadinho.

Nesta ocasião restou claro que não foram sanados os defeitos com relação a estrutura e a forma de funcionamento das pessoas jurídicas envolvidas, tanto que não tardou muito para haver a reincidência da mesma tragédia.

Nesse contexto, a utilização do conceito de periculosidade poderia ter sido útil para fundamentar a imposição de uma resposta jurídico-penal adequada a evitar a reincidência do injusto.

Dito isso, cumpre ainda destacar que, ao lado desta concepção, REINALDET também aponta os intentos doutrinários no sentido de se fundamentar um conceito de periculosidade objetiva para os entes coletivos, no qual não seria necessário explicar o fator criminológico que dá origem ao estado de perigo criado pela pessoa jurídica, sendo suficiente apenas a ocorrência do ato ilícito para a constatação da periculosidade do agente.²⁸³

Contudo, essa noção pragmática da periculosidade não parece ser suficiente para dar conta da criminalidade das empresas, visto que, diante da ocorrência do injusto, é de fundamental importância tentar identificar a origem do estado de perigo criado pelo ente coletivo, inclusive para que se possa aplicar a medida preventiva mais adequada a fim de evitar a reincidência.

Razão pela qual, muito embora se reconheça ser indispensável para a aplicação de uma medida de segurança a realização de uma ação típica e ilícita

²⁸¹ REINALDET, Tracy. **La responsabilité pénale à l'épreuve des personnes morales** : étude comparée franco-brésilienne. 2017. 552 f. Tese (doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017, p. 361.

²⁸² Ibidem, p. 361.

²⁸³ Ibidem, p. 362.

prévia, isso não serve, por si só, para determinar a periculosidade criminal do ente coletivo.²⁸⁴

Nesse sentido, defende-se que em face de um estado de perigo gerado pelo ente moral a partir da ocorrência de um ato ilícito, deve-se realizar um prognóstico acerca da sua periculosidade futura tendo por base aspectos da sua estrutura organizacional, corroborados por uma ampla base probatória.

Portanto, as pessoas jurídicas, enquanto espaços de liberdade capazes de cometer ilícitos penais, passariam a estar sujeitos a juízos de periculosidade que se apoiam em prognósticos realizados acerca da possibilidade de que estas voltem a delinquir.²⁸⁵

Inclusive, parece que estes prognósticos com relação às Pessoas Jurídicas são mais realistas e legítimos de se fazer do que aqueles realizados em relação às pessoas físicas, visto que estas, ao contrário daquelas, são dotadas de um aparelho psíquico que torna a avaliação sujeita a um grau maior falibilidade e subjetividade.

Situação essa que não acomete os entes morais, uma vez que estes são organizados de modo a cumprir o seu objeto social consignado no contrato social, a partir da missão, visão e valores adotados pela pessoa jurídica constituída.²⁸⁶

Ou seja, é possível vislumbrar que há sim uma racionalidade objetiva dentro da estruturação dos entes morais que permite ao operador do direito sua cognoscibilidade e aferição da probabilidade de que uma pessoa jurídica volte a delinquir.

Logo, a utilização da periculosidade criminal para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas parece ser um fundamento adequado para a imposição de medidas penais preventivas, desde que este juízo seja feito a partir da análise do injusto e em relação as características próprias da estrutura e funcionamento dos

²⁸⁴ Conforme destaca MIR PUIG, para quem a periculosidade criminal é composta do injusto e do prognóstico de periculosidade. MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: Parte General**. 9. ed. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2010, p. 44.

²⁸⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Las consecuencias jurídicas del delito*. In: BAJO FERNANDES, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. Madrid: Thompson-Civitas, 2012, p. 243-244.

²⁸⁶ Nesse sentido, é interessante destacar também o trabalho de RAMOS e CAVAGNARI, que propõe aproximar a criminalidade da pessoa jurídica da construção do psicopata clássico da medicina forense. O trabalho dos referidos autores já foi aprovado em seminário, contudo ainda está aguardando publicação, razão pela qual, apesar de a redação final do artigo ter sido entregue pelos autores a este acadêmico em outubro/2019, não será apresentada a construção desta ideia neste trabalho, preservando-se assim a sua publicidade. De todo modo, deixa-se aqui a sua referência e recomendação para leitura: RAMOS, Samuel Ebel Braga; CAVAGNARI, Rodrigo Jacob. **Medidas de Segurança como Consequência Jurídica ao Delito Cometido por Pessoas Jurídicas**. No prelo.

entes morais, observando-se, em todos os casos, as garantias de um Direito penal democrático.

4.3 PERICULOSIDADE E AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DOS DELITOS PERPETRADOS PELAS PESSOAS JURÍDICAS.

A consequência imediata em se adotar a periculosidade criminal enquanto fundamento para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, consiste no tipo de resposta oferecida pelo Direito penal frente à constatação do injusto.

Nesse sentido, ao passo que um juízo de reprovação baseado na culpabilidade permite a aplicação de pena, a periculosidade, por sua vez, reserva-se à aplicação de medidas de segurança²⁸⁷.

A aceitação da aplicação de medidas de segurança às pessoas jurídicas tem tido o respaldo na doutrina penalista²⁸⁸ e está presente em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros²⁸⁹.

É possível detectar, entre os autores que sustentam esta proposta, dois tipos de argumentos utilizados para legitimá-la: I) o pragmático e II) o funcional.

²⁸⁷ A legislação penal espanhola, ao lado das penas e das medidas de segurança, criou uma modalidade de resposta penal intermediária chamada de “consecuencias accesorias” as quais há um intenso debate doutrinário acerca da sua natureza jurídica. Nesse sentido, sugere-se a leitura de “DE LA CUESTA Arzamendi, José Luis. *Personas Jurídicas, Consecuencias Accesorias y Responsabilidad Penal*. In: **Homenaje al Dr. Mario Barbero Santos in memoriam**. Cuenca: Ediciones Universidad Salamanca, 2001, p. 967-991”.

²⁸⁸ Nesse sentido: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 76-78; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Normas y Acciones en Derecho Penal**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 83; RAMOS, Samuel Ebel Braga; CAVAGNARI, Rodrigo Jacob. **Medidas de Segurança como Consequência Jurídica ao Delito Cometido por Pessoas Jurídicas**. No prelo; REINALDET, Tracy. **La responsabilité pénale à l'épreuve des personnes morales**: étude comparée franco-brésilienne. 2017. 552 f. Tese (doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017, p. 308-369; SCHÜNEMANN, Bernd. *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea*. In: DONNA, Edgardo Alberto (dir.). **Obras**. Tomo II. Colección autores de derecho penal. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2009, p. 115-161; ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel. **La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones**: presupuestos sustantivos y procesales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 135-137; entre outros.

²⁸⁹ Samuel Ebel Braga RAMOS elenca que há ordenamentos jurídicos estrangeiros que já aplicam medidas de segurança em pessoas jurídicas, tais como: *Código Penal Turco*, Art. 60; *República de Montenegro* – Lei de Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, Art. 28; *República Sérvia* – Lei de Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, Art. 23; *República da Croácia* – Lei de Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, Art. 15. “RAMOS, Samuel Ebel Braga. Análise Econômica do Direito Penal: uma abordagem para uma possível sanção penal ótima para os delitos cometidos por pessoas jurídicas. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 10, n. 18, p. 115-138, jan./jun. 2018, p. 131.”

No que tange às razões de ordem pragmática, trabalhar com a noção de periculosidade evitaria o inconveniente de ter que lidar com as dificuldades atinentes à compatibilização da estrutura formal e material da culpabilidade à lógica de responsabilização dos entes coletivos²⁹⁰, cujos obstáculos e possibilidades de superação já foram tratados neste trabalho.

Contudo, pautar-se nesse argumento para justificar a utilização da noção de periculosidade (e a correspondente aplicação de medidas de segurança), consiste em uma simplificação demasiada das verdadeiras razões do porquê que é adequado o conceito de periculosidade criminal para fundamentar a imposição de uma resposta penal ao ente coletivo.

Ademais, a tarefa de se compatibilizar a noção de periculosidade enquanto fundamento da responsabilidade penal das pessoas jurídicas não é algo simples e também encontra implicações dogmáticas e fáticas que exigem do operador do direito cautela quanto ao seu uso, conforme explicado no tópico anterior.

Portanto, não se trata de substituir uma via (a da culpabilidade) em detrimento da outra (a periculosidade), mesmo porque, conforme já demonstrado, apesar de a culpabilidade enquanto estrutura formal e material não estar presente na aplicação das medidas de segurança, é inegável que as noções da culpabilidade enquanto princípio e limite da resposta penal são indissociáveis com relação à aplicação de medidas de segurança.²⁹¹

Isso não teria como ser diferente também, pois se os fundamentos para a existência de um Direito penal democrático exigem a presença concomitante dos Princípios da Legalidade, Intervenção Mínima e da Culpabilidade, não seria legítima qualquer ingerência do Estado que se desviasse destes princípios.

Portanto, embora a solução de aplicar medidas de segurança às pessoas jurídicas possa parecer, à primeira vista, uma construção puramente pragmática em face dos fracassos da compatibilização da estrutura da culpabilidade, não é esse o motivo que levou este trabalho a verificar a sua adequação.

Assim, somente a partir de um olhar funcional que leve em consideração as particularidades deste “novo” sujeito ativo de crimes, os bens jurídicos tutelados pelo

²⁹⁰ REINALDET, Tracy. **La responsabilité pénale à l'épreuve des personnes morales** : étude comparée franco-brésilienne. 2017. 552 f. Tese (doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017, p. 362-364.

²⁹¹ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 301.

Direito penal no contexto da sociedade de riscos, as respectivas necessidades político-criminais e o objetivo buscado com a aplicação da resposta penal, é que se torna possível sustentar a adequação da proposta de aplicação de medidas de segurança às pessoas jurídicas.

Nesse sentido, as pessoas jurídicas, enquanto espaços perigosos de liberdade, são capazes de potencializar, por meio da sua atividade econômica, os riscos de ofensa à bens jurídicos transindividuais que, quando consumadas, causam danos a populações inteiras, além de trazerem consequências, muitas vezes, irreversíveis para o meio ambiente e para a ordem econômica.

Logo, não há como a política criminal, no contexto da sociedade de riscos, estar desvinculada da necessidade de prevenção de delitos, sendo que as medidas de segurança, com base na periculosidade criminal da pessoa jurídica, atendem melhor essa finalidade preventivo-especial.²⁹²

Além do mais, por uma questão de obediência ao princípio da igualdade e da intervenção mínima, não é razoável que o sistema penal considere perigosas pessoas menores de idade e enfermos mentais e, ao mesmo tempo, negligencie completamente a periculosidade que deriva das práticas criminosas de pessoas jurídicas.²⁹³

Considerando o exposto, faz sentido que a resposta estatal aos crimes praticados por pessoas jurídicas seja a imposição de medidas de segurança.²⁹⁴

Dessa forma, serão analisadas algumas características do regime jurídico das medidas de segurança e a sua aplicação às pessoas jurídicas.

4.3.1 Características inerentes à aplicação de medidas de segurança e a conveniência de sua utilização na responsabilização penal de pessoas jurídicas

No segundo capítulo deste trabalho, verificou-se o perfil principiológico unitário das consequências jurídicas do delito e como as garantias inerente à aplicação das penas se transladam para as medidas de segurança.

²⁹² REINALDET, Tracy. **La responsabilité pénale à l'épreuve des personnes morales** : étude comparée franco-brésilienne. 2017. 552 f. Tese (doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017, p. 357-359.

²⁹³ BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 85.

²⁹⁴ Ibidem, p. 77-78.

Entretanto, se faz mister nesse momento apontar algumas características do regime jurídico aplicado a esta modalidade de resposta penal e os seus reflexos com relação à Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas.

Em primeiro lugar, o fundamento para a aplicação das medidas de segurança é a periculosidade criminal.²⁹⁵

Conforme visto, esta periculosidade não consiste num mero exercício de futurologia, mas sim na constatação de um estado de riscos ou perigos criados pelo agente que requer a ingerência do Direito penal a fim de evitar a reincidência de uma dada conduta delitiva.

Desse modo, as medidas de segurança somente encontram legitimidade sob o prisma da responsabilidade penal pelo fato se forem pós-delitivas²⁹⁶, visto que o injusto prévio deve apontar como um indício de periculosidade do agente, o qual deve ser confirmado posteriormente por meio de um conjunto probatório robusto que permita constatar a existência de um estado de periculosidade.

Em segundo lugar, as medidas de segurança, apesar de terem como foco principal a finalidade preventivo-especial, não podem ser utilizadas de maneira irrestrita no tempo.

Caso contrário, seria possível legitimar a existência de medidas de segurança perpétuas, o que definitivamente viola o preceito constitucional previsto no Art. 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal de 1988.

Assim, as medidas de segurança precisam operar dentro de limites mínimo e máximo de forma que a restrição não seja indefinida.

Ademais, por uma questão de proporcionalidade, enquanto reflexo do Princípio da Culpabilidade, a imposição de uma medida de segurança não pode sujeitar aquele que apresenta um estado de periculosidade a uma consequência mais severa do que aquele que pode ser juridicamente reprovado por sua conduta.²⁹⁷

²⁹⁵ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 860.

²⁹⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 820-821.

²⁹⁷ “A culpabilidade, portanto, tem aplicabilidade no âmbito da medida de segurança sob a forma de princípio limitador do Direito penal. Isso porque seria uma situação demasiado paradoxal ver o sistema jurídico-penal responder limitadamente aos fatos delitivos realizados por pessoas que têm absoluta consciência de estar contrariando o ordenamento jurídico, e responder ilimitadamente àqueles que não podem compreender ou reagir de acordo com essa compreensão”. BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 302

Logo, em que pese as medidas de segurança possam ser renovadas durante a sua execução, nos casos em que ainda esteja presente o estado de periculosidade do agente, a sua duração deve observar limites máximos que se não estiverem previstos em lei, não podem ultrapassar àqueles previstos para a imposição de penas.²⁹⁸

Em terceiro lugar, todas as garantias inerentes ao Princípio da Legalidade com relação às penas se aplicam às medidas de segurança, não havendo razão para diferenciar um regime do outro no que diz respeito a estas garantias constitucionais.²⁹⁹

Dito isso, passar-se-á a analisar a conveniência da sua utilização para os delitos cometidos por entes coletivos.

REINALDET destaca ser adequada a aplicação de medidas de segurança para pessoas jurídicas por três motivos: I) o de ordem pragmática, visto que não seria mais necessário perquirir se o ente coletivo pode ou não ser objeto de reprovação com base na estrutura formal e material da culpabilidade; II) por detrás da noção de periculosidade criminal dos entes coletivos se encontra um julgamento de insegurança o qual é compatível com a natureza desencarnada do ente coletivo; e III) dificilmente seria possível conciliar a finalidade retributiva da pena com as pessoas jurídicas, sendo que as finalidades buscadas com a aplicação de medidas de segurança são mais adequadas à responsabilização de entes morais.³⁰⁰

Ademais, SALVADOR NETTO destaca que a valoração de um estado de coisas indesejadas (defeito de organização empresarial) conjugado com uma resposta jurídica de natureza factual-preventiva (medidas de segurança) é realmente um argumento muito poderoso.³⁰¹

Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ assevera que as “penas” aplicáveis às pessoas jurídicas não são autênticas penas, visto que, na sua grande maioria, têm caráter preventivo-especial (inocuidador ou, excepcionalmente, ressocializador),

²⁹⁸ BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 864-865.

²⁹⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 822.

³⁰⁰ REINALDET, Tracy. **La responsabilité pénale à l'épreuve des personnes morales** : étude comparée franco-brésilienne. 2017. 552 f. Tese (doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017, p. 362-364.

³⁰¹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 241.

como por exemplo, nos casos de dissolução, suspensão das atividades, inabilitação para a contratação com o setor público, intervenção judicial, entre outras.³⁰²

Ou seja, via de regra, a única pena propriamente dita que é aplicável às pessoas jurídicas é a pena de multa, visto que as demais são consequências orientadas ao futuro e aplicadas com base na constatação de um estado de periculosidade que visa prevenir a continuidade da atividade delitiva ou os efeitos que dela decorrem.³⁰³

Assim, parece adequado prever a aplicação de medidas de segurança às pessoas jurídicas, visto que as penas, no mais das vezes, se restringem a aplicação de multas, ao passo que as medidas de segurança possuem uma ampla variedade de modalidades especialmente projetadas para a lógica dos entes morais.

Por fim, é interessante consignar o argumento de Samuel Ebel Braga RAMOS, sob à ótica da Análise Econômica do Direito, apontando que as medidas de segurança seriam a resposta penal ótima para os delitos cometidos por pessoas jurídicas.³⁰⁴

Nesse sentido, o autor destaca que, sob o viés econômico, esta forma de ingerência não apresenta custos elevados de implantação e permite a dissuasão ótima das práticas criminosas das pessoas jurídicas, além de aumentar o grau de certeza com relação à aplicação da consequência jurídico-penal.³⁰⁵

RAMOS ainda aponta quais são as principais modalidades de medidas de segurança impostas aos entes coletivos no direito estrangeiro: confisco de ativos, cancelamento de licença de funcionamento, publicidade de sentenças judiciais, impedimento de financiamentos e de contratos com a administração pública.³⁰⁶

Assim, percebe-se que as medidas de segurança são muito mais adequadas à realidade das pessoas jurídicas e dão muito mais flexibilidade, observado os requisitos do Princípio da Legalidade, aos operadores do direito para buscar uma resposta penal ótima aos entes coletivos.

³⁰² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa**. 2. ed. Montevideo: B de F, 2016, p. 353.

³⁰³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Las consecuencias jurídicas del delito*. In: BAJO FERNANDES, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. Madrid: Thompson-Civitas, 2012, p. 236.

³⁰⁴ RAMOS, Samuel Ebel Braga. Análise Econômica do Direito Penal: uma abordagem para uma possível sanção penal ótima para os delitos cometidos por pessoas jurídicas. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 10, n. 18, p. 115-138, jan./jun. 2018, p. 131.

³⁰⁵ Ibidem, p. 132.

³⁰⁶ Ibidem, p. 132.

De todo o exposto, verifica-se a adequação e a conveniência da aplicação de medidas de segurança, baseadas na periculosidade criminal do agente, como resposta aos delitos praticados por pessoas jurídicas.

4.3.2 Críticas à utilização de medidas de segurança para as Pessoas Jurídicas

A proposta de se aplicar medidas de segurança, em que pese os muitos argumentos favoráveis, não está isenta de críticas.

Com relação às objeções feitas quanto à aplicação destas medidas por prazo indefinido e quanto a não aplicação do princípio da anterioridade penal às medidas de segurança³⁰⁷, remete-se o leitor ao tópico anterior no qual já se ressaltou a necessidade de limites e respeito aos princípios estruturantes do Direito penal também no sistema de medidas.

Outra crítica frequentemente encontrada a esta proposta seria a da impossibilidade de se verificar a cessação do estado de periculosidade do ente coletivo.

Nessa perspectiva, SHECAIRA destaca que a aplicação de medidas de segurança não seria a melhor solução para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, pois é impossível haver um caráter curativo na aplicação destas às empresas, sendo, inclusive, impraticável avaliar a recuperação futura, em face do ato delituoso passado, de uma pessoa jurídica.³⁰⁸

No mesmo sentido destaca também REINALDET, pois seria impossível observar a continuidade ou o desaparecimento do estado de periculosidade das pessoas jurídicas após a aplicação de uma medida de segurança.³⁰⁹

Sinceramente, esta é uma crítica que não comporta acolhimento.

Primeiramente, porque é muito mais fácil visualizar uma espécie de “cura” dentro de um ente coletivo do que em relação à pessoa humana, visto que as pessoas jurídicas não são demandadas avaliações de ordem subjetiva, tal como ocorre com as pessoas físicas.

³⁰⁷ REINALDET apresenta como objeções à presente proposta o fato de as medidas de segurança terem duração indefinida e não obedecerem ao princípio da não retroatividade da Lei Penal. REINALDET, Tracy. **La responsabilité pénale à l'épreuve des personnes morales** : étude comparée franco-brésilienne. 2017. 552 f. Tese (doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017, p. 364-365

³⁰⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 112.

³⁰⁹ REINALDET, op. cit., p. 365-366.

Assim, a pessoa jurídica, a partir da aplicação de uma medida de segurança, será forçada a ajustar o seu funcionamento e estrutura de modo a fazer cessar o estado de periculosidade por ela criado.

Uma vez resolvido os problemas que levaram a prática criminosa, a aplicação da medida de segurança deve ser suspensa até o limite temporal necessário para que seja declarada a sua extinção.

Entretanto, a noção de “cura” buscada pelos autores mencionados, como a ausência absoluta de reincidência do injusto, acaba não sendo um argumento válido pela simples razão que é um argumento impossível.

Qualquer juízo feito com relação ao futuro apoia-se em probabilidades e não em certezas, conforme já destacado ao analisar a noção de periculosidade criminal.

Logo, aplicar uma medida de segurança não significa que o autor jamais voltará a delinquir, mesmo porque ele pode realizar outras ações típicas que sequer tenham relação com aquela pela qual ele foi sancionado.

Ademais, ainda que a reincidência fosse sobre o mesmo tipo penal, o máximo que se poderia dizer é que a medida de segurança aplicada outrora não foi eficaz, demandando assim, em face do novo injusto, outro prognóstico de periculosidade que buscará a aplicação da medida de segurança mais adequada para evitar a reincidência.

Idealmente seria ótimo se a partir da aplicação de uma medida de segurança a pessoa jurídica jamais voltasse a delinquir. Contudo, apesar de ser impossível garantir isso, é infinitamente melhor que, frente à ocorrência de um ilícito, o Estado busque entender o estado de periculosidade, aplicando, assim, a medida de segurança mais adequada a fim de evitar a reincidência, do que permanecer de braços cruzados aplicando-se, no mais das vezes, multas inexecutáveis que permitem ao infrator internalizar os custos do crime no seu próprio produto.

4.3.3 O projeto de código penal brasileiro e a aplicação de medidas de segurança para os delitos cometidos por pessoas jurídicas

No Brasil, por sua vez, não há previsão legislativa para a aplicação de medidas de segurança às Pessoas Jurídicas.³¹⁰

³¹⁰ Inclusive, a admissão da Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas ainda é algo muito pouco desenvolvido na jurisprudência nacional, sendo admitido tão somente para os Crimes Ambientais,

Entretanto, muitos institutos presentes dentro da Lei de Crimes Ambientais (lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998), apesar de receberem o rótulo de pena, assemelham-se muito mais às medidas de segurança, especialmente no que diz respeito às penas restritivas de direitos previstas no Art. 22 da referida normativa, a saber: I - suspensão parcial ou total de atividades; II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; e III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

Estas consequências jurídicas do delito, apesar de serem chamadas de penas, são todas voltadas para finalidades preventivo-especiais, notadamente marcadas pela necessidade de fazer cessar um estado de periculosidade criado pelo ente coletivo.

Assim, apesar de o ordenamento jurídico brasileiro não admitir expressamente a aplicação de medidas de segurança para pessoas jurídicas, o faz de modo implícito sob o rótulo de determinadas modalidades de penas.

De qualquer modo, cumpre consignar que o projeto de Novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado Federal – PLS – nº 236, de 2012), prevê a ampliação do alcance da responsabilidade penal da pessoa jurídica, não se limitando somente aos crimes contra o meio ambiente, conforme previsto no art. 41, caput, do referido Projeto de Lei.³¹¹

Nesse sentido, o PLS nº 236/2012 também separou as “penas” aplicadas às pessoas jurídicas daquelas aplicadas às pessoas físicas, reconhecendo a necessidade de tratamento específico daquelas em relação a estas.

Contudo, o que chama atenção é que o legislador prevê várias medidas de segurança, disfarçadas de penas, para as pessoas jurídicas, pautadas na

muito embora, a Constituição Federal não limite à sua aplicação para a tutela de outros bens jurídicos, notadamente no âmbito dos crimes econômicos, conforme previsão contida no Art. 173, §5º da Constituição Federal. Contudo, isso dependerá de previsão legislativa que regule a possibilidade conferida pelo constituinte. Nesse sentido, sugere-se a leitura de “SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 279-288”.

³¹¹ PLS nº 236/2012 – Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. (...)

periculosidade do ente coletivo, a exemplo da liquidação forçada³¹² e da suspensão parcial ou total das atividades³¹³.

Nesse sentido, BUSATO aponta que no caso das penas, uma vez feita a sua dosimetria e determinada a sua aplicação, estas não podem ser ampliadas, situação essa que não acomete as medidas de segurança, as quais admitem a prorrogação da sua utilização se não cessada a periculosidade do ente coletivo, respeitada sempre a noção de proporcionalidade, consectária do Princípio da Culpabilidade.³¹⁴

Portanto, apesar da grafia utilizada não ser a mais correta, cabe a doutrina interpretar a real natureza dos institutos jurídicos.

Sendo assim, as medidas de segurança encontram um horizonte promissor no ordenamento jurídico brasileiro, consistindo na forma mais adequada de fazer frente aos delitos cometidos por pessoas jurídicas.

³¹² PLS nº 236/2012 – Art. 42. (...) Parágrafo único. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário.

³¹³ PLS nº 236/2012 – Art. 43. (...) §1º. A suspensão de atividades será aplicada pelo período máximo de um ano que pode ser renovado se persistirem as razões que o motivaram, quando a pessoa jurídica não estiver obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do bem jurídico violado. (...)

³¹⁴ BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 77.

CONCLUSÃO

Ao iniciar os estudos sobre a Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas, este acadêmico, após verificar as necessidades político-criminais de se inserir os entes coletivos como sujeitos ativos de crimes, buscou aprofundar o atual estado da arte da doutrina penalista em relação à construção da dogmática necessária para que fosse possível aplicar uma resposta penal às pessoas jurídicas por um injusto próprio.

De modo preliminar, no segundo capítulo deste trabalho, foram analisadas as múltiplas acepções da palavra culpabilidade para o Direito penal, a partir das quais se concluiu que a obediência ao Princípio da Culpabilidade, estruturante para o Direito penal, não ocorre apenas com relação ao juízo de reprovação necessário para impor uma pena, mas também com relação à constatação da periculosidade criminal necessária para se impor medidas sancionatórias que prescindem da culpabilidade enquanto estrutura dogmática, no caso, as medidas de segurança.

Ou seja, penas e medidas de segurança são espécies de consequências jurídicas do delito que seguem um perfil principiológico unitário, tanto no que diz respeito ao princípio da culpabilidade, quanto ao da legalidade e ao da intervenção mínima.

Não há como se pensar um Direito penal democrático sem a observância obrigatória destes três princípios estruturantes e das garantias que deles decorrem.

Estabelecida esta premissa, a investigação acerca do como é possível impor consequências jurídico-penais às pessoas jurídicas se tornou mais fértil.

Assim, ao analisar a questão sob o prisma da culpabilidade enquanto estrutura dogmática, constatou-se que as dificuldades de compatibilização de um juízo de reprovação orientado às pessoas jurídicas são grandes.

Isso porque, sem lançar mão de verdadeiros equivalentes funcionais, parece não ser viável desenvolver uma estrutura dogmática que impute um juízo de reprovação ao ente moral.

Nesse sentido, o terceiro capítulo deste trabalho encarregou-se de abordar os principais modelos de responsabilidade penal das pessoas jurídicas até então formulados, a fim de visualizar, especialmente sob a ótica da culpabilidade, quais as dificuldades que cada um apresenta.

Nesse quesito, os modelos de heterorresponsabilidade penal, tanto o vicariante como o identificatório, partem de um pecado original, qual seja, o de afirmar a pretensão de validade de uma norma aplicável a pessoa jurídica por meio de subpretensões (de relevância, de ilicitude, de reprovação e de necessidade de pena) preenchidas por meio de pessoas físicas, o que os tornam autênticos modelos de responsabilidade penal por culpabilidade alheia e que tampouco resolvem o problema político-criminal da irresponsabilidade organizada.

Sendo assim, tais modelos são insuficientes para a construção de uma dogmática penal que respeite as garantias decorrentes do Direito penal democrático, razão pela qual desde logo foram rechaçados.

Ao lado dos modelos de heterorresponsabilidade, analisou-se, também, os principais modelos de autorresponsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Estes modelos partem de um ponto de vista bastante interessante, pois tentam autonomizar a responsabilidade penal da pessoa jurídica em relação à pessoa física, o que permite discussões no que diz respeito à tentativa da formulação de uma culpabilidade própria dos entes coletivos.

Nessa perspectiva, categorias como “defeito na organização” e “cultura empresarial” levam a discussão da reprovação dos entes morais para um outro patamar.

Contudo, ao analisar a estrutura dogmática da culpabilidade, com seus elementos formais e materiais, percebe-se que os modelos que utilizam o “defeito na organização” ou a “cultura empresarial” como critérios para a reprovação de pessoas jurídicas, o fazem de modo inapropriado.

No que diz respeito ao “defeito na organização”, este oscila entre elemento da culpabilidade (Klaus Tiedemann) e elemento do injusto culpável (Adán Nieto Martín), sendo o primeiro caso criticável por fomentar uma presunção absoluta de culpabilidade quando da ocorrência do injusto e, no segundo caso, por operar uma fusão entre as categoriais da culpabilidade e do injusto, além de fundamentar um inequívoco direito penal de autor em relação às pessoas jurídicas.

Por sua vez, a concepção que trata da “cultura empresarial” como fundamento da culpabilidade da pessoa jurídica (modelo construtivista de Carlos Gómez Jara-Díez), além da opção temerária pelo funcionalismo sistêmico como teoria de base, verificou-se que este modelo realiza uma importação desautorizada

do tipo de injusto imprudente para a seara da culpabilidade, implicando em um retrocesso em direção ao conceito de culpabilidade próprio do causal-naturalismo.

De uma forma ou de outra, todos estes modelos cometem erros ao analisar a culpabilidade das pessoas jurídicas, pois não se prestam a fomentar um juízo de reprovação próprio e capaz de dar conta tanto dos elementos formais quanto dos materiais da culpabilidade a ponto de legitimar a imposição de uma pena.

Conforme visto, tais incompatibilidades, se analisadas a fundo, têm relação com a natureza desencarnada do ente coletivo a qual é incompatível com os parâmetros biológicos e psicológicos utilizados para estruturar a pretensão de reprovação. Assim, a menos que se force a utilização de equivalentes funcionais para afirmar a culpabilidade da pessoa jurídica, para ser difícil a compatibilização da culpabilidade, enquanto estrutura dogmática, com a natureza desencarnada dos entes coletivos.

E é aqui que o presente trabalho encontra o seu ponto de inflexão.

Não se impõe uma resposta penal ao ente coletivo exclusivamente porque este, dotado de vontade tecnicamente livre e de consciência potencial da ilicitude, merece uma retribuição pelo mal causado, mas principalmente porque este representa, a partir da realização do injusto, um espaço de liberdade capaz de produzir perigos e riscos a bens jurídicos tutelados pelo Direito penal.

Dessa forma, a discussão acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas não pode se limitar a perquirir se o ente moral se organizou ou não corretamente, mas deve dar um passo além e buscar compreender em que termos as pessoas jurídicas são capazes de produzir perigos e riscos a bens jurídicos tutelados pelo Direito penal.

Nesse sentido, o quarto capítulo deste trabalho, evidenciou, a partir do paradigma da sociedade de riscos de Ulrich Beck, que a pessoa jurídica é a grande protagonista desta nova modernidade no que diz respeito à ofensa de bens jurídicos fundamentais para a sociedade.

Dessa forma, o Direito penal assume um novo papel nesse cenário: o de gerenciamento de riscos e perigos.

Logo, considerando que as noções de risco e perigo sempre se projetam para o futuro e que as pessoas jurídicas são as principais fontes de produção destes riscos nesta nova modernidade, parece adequado que o Direito penal das pessoas jurídicas opere na lógica de se buscar fazer cessar esse estado de periculosidade.

Contudo, ao se falar em periculosidade, verificou-se que a doutrina assume normalmente uma posição refratária quanto à sua utilização, pois a associa diretamente com as ideias de Direito penal de autor e por condução do modo de vida, sendo poucos os autores que se propõem a investigar de que modo este conceito pode ser adequado a um Direito penal democrático.

Assim, o trabalho realizou um distanciamento da concepção de periculosidade social, própria da Escola Positiva da criminologia, em direção a uma concepção de periculosidade criminal, esta sim adequada ao Estado Social e Democrático de Direito.

Nesse viés, a periculosidade criminal se diferencia da social, pois leva em consideração a ocorrência de um injusto prévio e próprio do autor, que aponta como um indício de sua periculosidade, a qual deverá ser corroborada por um prognóstico acerca da probabilidade futura de reincidência da ocorrência de delitos.

Com relação às pessoas jurídicas, mostrou-se que em face do estado de perigo gerado pelo ente moral a partir da ocorrência do injusto, o prognóstico de periculosidade deverá levar em consideração aspectos do seu funcionamento e estrutura organizacional, corroborados por uma ampla base probatória a ponto de indicar uma probabilidade, para além de uma dúvida razoável, acerca da reincidência futura.

Nesse sentido, o “defeito na organização” aponta como um indício relevante para a constatação da periculosidade da pessoa jurídica, visto que há uma grande tendência de que, constatada a falha que levou a ocorrência do crime, a mesma situação volte a ocorrer em um curto lapso temporal, conforme se depreende das recentes tragédias ambientais brasileiras comentadas nesta monografia.

Assim, conclui-se que a utilização da periculosidade criminal para a responsabilidade penal pessoas jurídicas fornece um fundamento adequado para a imposição de medidas penais preventivas, desde que este juízo seja feito a partir da análise do injusto e em relação as características próprias da estrutura e funcionamento dos entes morais, observando-se, em todos os casos, as garantias de um Direito penal democrático.

A principal consequência que se verifica a partir da utilização deste fundamento é o seu reflexo nas consequências jurídicas do delito, visto que a periculosidade criminal possibilita a utilização de medidas de segurança ao invés das penas.

Nesse viés, constatou-se que o uso de medidas de segurança pautadas na periculosidade criminal de pessoas jurídicas encontra respaldo na doutrina penalista e em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Os principais argumentos que autorizam o seu uso, além da evidente vantagem de ordem pragmática, consistem no fato de que as medidas de segurança serem mais adequadas à natureza jurídica dos entes morais, além de estarem mais alinhadas às necessidades político-criminais de se responsabilizar as pessoas jurídicas.

Ademais e de modo a mostrar a consonância entre o início e o final deste trabalho, as medidas de segurança, conforme concluído no segundo capítulo, regem-se pelo mesmo perfil principiológico das penas, visto que em ambas as modalidades de consequência jurídico-penal, os princípios estruturantes do Direito penal se fazem presentes.

Nesse sentido, inclusive a culpabilidade encontra, paradoxalmente, aplicação no âmbito das medidas de segurança, porém não enquanto estrutura dogmática, mas sim enquanto limite à imposição de medidas desproporcionais e que desrespeitem o primado da presunção da inocência, garantindo que mesmo no âmbito do sistema de medidas, a responsabilidade do ente coletivo será pessoal, por fato próprio, individual e subjetiva.

Todavia, esta é uma solução de *lege ferenda*, visto que o ordenamento jurídico brasileiro não dispõe de um sistema de medidas de segurança para pessoas jurídicas, muito embora várias das “penas” aplicáveis a entes morais, previstas na Lei de Crimes Ambientais e também no PLS nº 236/2012, tenham natureza jurídica de medidas de segurança, conforme verificado.

Por fim e sem a pretensão de esgotar a temática, conclui-se que a periculosidade criminal é um fundamento adequado às consequências jurídicas dos delitos perpetrados por pessoas jurídicas, sendo compatível a elaboração de um sistema de medidas de segurança voltadas para entes coletivos, desde que se respeite os princípios estruturantes de um Direito penal democrático.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BARBOSA, Julianna Nunes Targino. **A Culpabilidade na Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 2014. 207 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas** (tradução de Paulo M. Oliveira) 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2015.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERTOLDI, Marcelo Marins; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 10. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2016.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição: República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 13 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19605.htm>. Acessado em: 06 de outubro de 2019.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Reforma do Código Penal Brasileiro. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acessado em: 06 de outubro de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso extraordinário n.º 548.181/PR. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, DF, julgado em 06 ago. 2013. **Acórdão Eletrônico publicado no DJe**. Brasília, nº 213, 30 out. 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=7087018>>. Acessado em: 06 de outubro de 2019.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. 5. ed. Revista e atualizada por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2005. t. II.

_____. **Perigosidade criminal e Medidas de Segurança**. Rio de Janeiro: Editora RIO, 1977.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal e Ação Significativa**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. O Leviatã de Brumadinho. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 316, p. 7-8, mar. 2019. Mensal.

_____. *Razões Político-Criminais para a Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas*. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas**: Seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

_____. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo código penal Brasileiro. **Revista Liberdades**, Edição Especial, Reforma do Código Penal. São Paulo, p. 98-125, set. 2012. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/13/artigo4.pdf>. Acessado em 04 de abril de 2019.

_____. **Tres Tesis sobre la Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

_____; GUARAGNI, Fábio André. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**: fundamentos criminológicos, superação de obstáculos dogmáticos e requisitos legais do interesse e benefício do ente coletivo para a responsabilização criminal. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

_____; REINALDET, Tracy. Crítica ao modelo construtivista de culpabilidade da pessoa jurídica. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 5, n. 9, p. 169-171, jul./dez. 2013.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su dogmática y al sistema de la reforma de 2010. **Cuadernos de Política Criminal**, España, v. 101, n. II, p. 5-34, 2010.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica*. In: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 15, p. 03:1-03:25, mar. 2013. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-03.pdf>>. Acessado em 02 de setembro de 2019.

DE LA CUESTA Arzamendi, José Luis. *Personas Jurídicas, Consecuencias Accesorias y Responsabilidad Penal*. In: **Homenaje al Dr. Mario Barbero Santos in memoriam**. Cuenca: Ediciones Universidad Salamanca, 2001.

DECKERT, Katrin. *A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica na França*. Trad. de Fauzi Hassan Choukr. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; LOUREIRO, Maria Fernanda; VERVAELE, John (Org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. v. 1. São Paulo: Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo, 2014, p. 195-225.

DETZEL, André Eduardo. **Alternativas para a Superação da Vedação Dogmática da Culpabilidade Penal da Pessoa Jurídica nos Modelos de Hetero e Autorresponsabilidade**. 2016. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania, Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2016.

EXNER, Franz. **Die Theorie der Sicherungsmittel**. Berlim: Guttentag, 1914.

FARIA COSTA, José Francisco de. **O perigo em direito penal**: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal*. In: BAJO FERNANDES, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. Madrid: Thompson-Civitas, 2012.

_____. *Las consecuencias jurídicas del delito*. In: BAJO FERNANDES, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. Madrid: Thompson-Civitas, 2012.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. **Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

GIDDENS, Anthony. **The Consequences of Modernity**. Cambridge: Polity press, 1990.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Fundamentos Modernos de la Responsabilidad Penal de Las Personas Jurídicas**. Bases Teóricas, regulación internacional y nueva legislación española. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.

_____. *La Culpabilidad de la Persona Jurídica*. In: BAJO FERNANDES, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. **Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas**. Madrid: Thompson-Civitas, 2012.

_____. **La culpabilidad penal de la empresa**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

GRECO, Luís. *Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas*. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas**: Seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César (Coord.). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HIRSCH, Hans Joachim. *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*. Trad. de Patricia S. Ziffer. In: **Anuário de Derecho Penal y Ciencia Penales**. Tomo 46. n. 3. Madrid: Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, setembro/diciembre, 1993. p. 1122-1123. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46441>>. Acessado em 02 de setembro de 2019.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal**. Parte general. Fundamentos y teoría da la imputación. 2. ed. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

LOUREIRO, Maria Fernanda. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: A teoria do Delito para a Incriminação da Empresa**. Curitiba: Juruá, 2017.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e Direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos. La concepción signitativa de la acción de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, v.1, n. 2, 1999.

MAURACH, Reinhard. **Tratado de Derecho Penal**. Trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona: Ariel, 1962, v. II.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal: Parte General**. 9. ed. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.

_____. Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 06, p. 01-17, jan. 2004. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>>. Acessado em 03 de março de 2019.

MONTES HUAPAYA, Sandro. El principio de culpabilidad como concepto político criminal dentro un estado de derecho, social y democrático. En: **Derecho Penal Online (revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea)**. Año 2007. Disponível em: <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_39.pdf>. Acessado em 06 de maio de 2019.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal: Parte General**. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

NIETO MARTÍN, Adán. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. **Nueva doctrina penal**, Argentina, n. 1, 2008, p. 125-159, semestral.

PINTO, Amanda; EVANS, Martin. **Corporate Criminal Liability**. 3. ed. London: Sweet & Maxwell, 2013.

PISA, Adriana. Direito penal ambiental x sociedade de risco de Ulrich Beck: uma abordagem crítica. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 14, n. 54, p. 9-64, abr.-jun., 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Fundamentos e Implicações*. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (org.). **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Em defesa do Princípio da Imputação Penal Subjetiva. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____; DOTTI, René Ariel (coord.). **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

RAMOS, Samuel Ebel Braga. Análise Econômica do Direito Penal: uma abordagem para uma possível sanção penal ótima para os delitos cometidos por pessoas jurídicas. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 10, n. 18, p. 115-138, jan./jun. 2018.

_____; CAVAGNARI, Rodrigo Jacob. **Medidas de Segurança como Consequência Jurídica ao Delito Cometido por Pessoas Jurídicas**. No prelo

REINALDET, Tracy. **La responsabilité pénale à l'épreuve des personnes morales** : étude comparée franco-brésilienne. 2017. 552 f. Tese (doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2017.

_____. *Questões Francesas sobre a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas**: Seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General**. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SCANDELARI, Gustavo Britta. *As sanções criminais aplicáveis às pessoas jurídicas: uma nova teoria dos delitos?* In: BUSATO, Paulo César (Org.). **Responsabilidade**

Penal de Pessoas Jurídicas: Seminário Brasil-Alemanha. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. *La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo*. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **El sistema moderno del Derecho Penal:** cuestiones fundamentales. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

_____. *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea*. In: DONNA, Edgardo Alberto (dir.). **Obras**. Tomo II. Colección autores de derecho penal. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2009, p. 115-161.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. La evolución ideológica de la discusión sobre la "responsabilidad penal" de las personas jurídicas. **Derecho Penal y Criminología**, v. 29, n. 86-87, p. 129-148, 2008.

_____. **Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa**. 2. ed. Montevideo: B de F, 2016.

_____. **Normas y Acciones en Derecho Penal**. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

_____. **La expansión del derecho penal:** aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SIQUEIRA, Leonardo. **Culpabilidade e Pena:** a trajetória do conceito material da culpabilidade e suas relações com a medida da pena. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

STRATENWERTH, Günter. **Derecho Penal**. Parte General I. El hecho punible. Trad. De Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Madrid: Thompson-Civitas, 2005.

TIEDEMANN, Klaus. **Manual de Derecho Penal Económico:** parte general y especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch. 2011.

WELLS, Celia. **Corporations and Criminal Responsibility**. Oxford: Clarendon press. 1993.

ZIFFER, Patricia Susana. **Medidas de Seguridad:** pronósticos de peligrosidad en derecho penal. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

ZULGADÍA ESPINAR, José Miguel. **La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones:** presupuestos sustantivos y procesales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.